





Ana Bogut*, Ema Vidak Gojković, mag. iur.

*studentica četvrte godine Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu
rad je nagrađen Rektorovom nagradom 2010. godine - prilagođeno objavljivanju

Analiza prijedloga ustavne izmjene u sferi instituta zastare

UDK: 342.53:343.53(497.5)

Sažetak

Autorice se u svom radu osvrću na vrlo aktualnu tematiku ustavnih izmjena u pogledu uvođenja nezastarijevanja za kaznena djela počinjena u pretvorbi i privatizaciji u Republici Hrvatskoj. Uz predstavljanje problemske osnovice s tekstom prijedloga Kluba zastupnika te Vlade, ključni dio rada posvećen je analizi argumentacije predlagača uz ocjenu dopuštenosti izmjene sa stajališta osnovnih pravnih načela. Posebno je proučeno pitanje usklađenosti izmjene s načelom zakonitosti, odnosno zabranom retroaktivnosti, kao i zahtjeva *lex certa* te jednakosti svih pred zakonom. Svojim opservacijama autorice pridodaju komparativno-pravna gledišta kroz analizu inozemnih tekstova zakona i ustava, kao i njihove sudske prakse. Na temelju sudske prakse Europskog suda za ljudska prava izvode zaključke o mogućem negativnom stavu Suda u pogledu retroaktivne primjene novog pravnog pravila na slučajeve u kojima je već nastupila zastara. Radu dodaju i analizu pitanja praktičnih implikacija predložene izmjene. Uz doktrinarni dio, rad sadrži i empirijsko istraživanje na reprezentativnom uzorku od 1500 studenata prava, za koje se ustanovilo da većinom podržavaju predloženu izmjenu.

Ključne riječi: izmjena ustava, zastara, privatizacijski kriminal, načelo zakonitosti

I. 1. Uvod

“Onaj tko vrši povredu bez ikakvog drugog ograničenja osim svoje volje, mora i podnositi kaznu također bez ikakvog drugog ograničenja osim volje onoga čiji je zakon povrijeđen.” (Thomas Hobbes)

„Što hitnija bude kazna, što prije nakon učinjenog zla bude uslijedila, to će biti pravednija i korisnija.“ (Cesare Beccaria)

U utorak, 20. travnja 2010. godine, Odbor za Ustav, Poslovnik i politički sustav Hrvatskog sabora održao je 47. sjednicu na kojoj je, kao rezultat dvogodišnjih pokušaja usklađivanja prijedloga ustavnih izmjena, donesena *Odluka o pristupanju promjeni Ustava Republike Hrvatske*. Između ostalih prijedloga ove četvrte izmjene hrvatskog Ustava (posljednji put promijenjen 2001. godine), daleko najvažnijom te praktično najprjepornijom smatramo

dopunu čl. 31. Ustava dodavanjem st. 4. kojim se propisuje nezastarijevanje kaznenih djela ratnog profiterstva te kaznenih djela iz procesa pretvorbe i privatizacije.

O temi koja je podigla mnogo buke još 2006. godine, kada je zastupnik I. Josipović inicirao ovakvu kaznenopravnu izmjenu, se u više navrata raspravljalo kako sa aspekta prava, tako i sa aspekta pravednosti. Unatoč tome je do ovoga trenutka ostala jednom od najprjepornijih pravnih tema. Činjenicu da ova izmjena, iako podložna tolikim kontroverzama, vremenski vrlo uskoro treba biti implementirana, smatramo krajnje alarmantnim poticajem za njeno ozbiljno pravno razmatranje.

Iako se na prvi pogled čini lakim zaključiti da *zločin uvijek mora slijediti kazna*, dublje zadiranje u tematiku otkriva cijeli niz aspekata koji zahtijevaju oprez: prvenstveno ovdje mislimo na pitanje pravne dopuštenosti izmjene prema osnovnim načelima prava (pitanje zakonitosti i pravne sigurnosti te pitanje jednakosti pred zakonom) te pitanje provedivosti same izmjene. U skladu s time odlučile smo u ovom se radu osvrnuti na takva problemska područja te naglasiti više aspekata upitnosti same izmjene.

U samom početku želimo naglasiti da ni u jednom trenutku pisanja ovoga rada mi ne negiramo činjenicu da *problem postoji*, što je očito već iz slijedećeg: u razdoblju od 1991. do 2005. godine Ured državne revizije revidirao je 1481 društveno poduzeće koje je pristupilo procesu pretvorbe i privatizacije, te utvrdio postojanje procesnih nepravilnosti za čak 95,2% revidiranih subjekata. Posljedice neetičnih i nezakonitih postupaka u tom procesu odrazile su se sa posebnom težinom na društvo u cjelini. Evidentne su socijalne te ekonomske posljedice: 60,9% poduzeća umanjilo je broj zaposlenih, 64,01% poduzeća nije ostvarilo razvojni program dok je njih 20,5% ostvarilo plan samo djelomično¹.

Međutim, sam problem nije nastao zbog činjenice da su se nezakonitosti dogodile. On je postao alarmantan u trenutku kada je postalo jasno da je za većinu utvrđenih nepravilnosti koje imaju obilježje kaznenog djela već nastupila zastara, te da se u skladu s time neće moći procesuirati.

Smatrajući ovakvu situaciju nepravednom i nedopustivom, tadašnji saborski zastupnik I. Josipović je 2006. godine reagirao na način da ispred socijaldemokratske stranke iznese prijedlog ustavne izmjene kojom bi se ukinuo institut zastare za djela gospodarskog kriminaliteta i ratnog profiterstva počinjena u navedenom periodu. Izmjena bi se retroaktivno primijenila i na već počinjena kaznena djela za koja teče ili je već nastupila zastara.

Prijedlog je prvotno ostao relativno nezamijećen, velikim dijelom zbog pasivnosti vladajuće stranke. Podrška je, međutim, stigla 2008. godine, što je prijedlog učinilo ponovno aktualnim te dovelo do brojnih i teških diskusija, kako u pravno-stručnoj javnosti, tako i u onoj laičkoj. Produkt toga je bio da se dio javnosti odlučno i bezrezervno priklonio prijedlogu ustavne izmjene, smatrajući da svaki zločin, a posebno onaj izrazito teških posljedica, uvijek mora slijediti kazna. Drugi je dio javnosti bio oprezniji, smatrajući princip pravne sigurnosti važnim pravnim postulatom države vladavine prava, te upozoravajući da bi ponovno otvaranje postupaka za slučajeve u kojima je zastara već nastupila zacijelo poljuljalo same pravnocivilizacijske temelje.

Uz ove dvije strane osnovnog fronta neslaganja, pojavio se i cijeli niz drugih prijedora vezanih s jedne strane za pravno-teoretski aspekt problema, a sa druge za mogućnost oživotvorenja prijedloga u praksi. Zbog cijelog niza kontroverzi koje je prijedlog izazvao, kao i zbog činjenice da se za oba izražena stajališta lako može naći niz argumenata za i *protiv*, prepoznale smo ovaj problem kao svojevrsan pravni izazov, te mu se odlučile dublje posvetiti.

U ovom ćemo radu stoga nakon osnovnog predstavljanja problema detaljno analizirati njegove pojedine sastavnice te argumentaciju predlagača. Kao što smo već naglasile, po-

¹ Podaci preuzeti prema: www.protivkorupcije.sdp.hr, 28. travnja 2008.

sebnu ćemo pažnju posvetiti pitanju usklađenosti prijedloga sa postojećim fundamentalnim pravnim načelima. Domaćoj pravnoj logici ćemo pridodati i komparativno-pravna gledišta te završno ocijeniti praktične implikacije izmjene kroz, s jedne strane, pitanje realne provedivosti prijedloga, a s druge strane mogućih posljedica ukoliko do toga dođe. U zaključku rada ćemo sumirati sve rečeno te u skladu s time pokušati dati odgovor na pitanje o prihvatljivosti prijedloga ustavne izmjene.

Ipak, kako za obradu ovog iznimno aktualnog pravnog problema koji je pobudio širok interes javnosti smatramo potrebnim u obzir uzeti i javno mnijenje, teoretskom ćemo dijelu rada dodati i empirijski dio – znanstveno istraživanje u kojem smo na uzorku od 1500 studenata prava mjerili stav mladih pravnika o predloženoj izmjeni i racionalnosti iste.

2. Prijedlog ustavne izmjene

2.1. Problemska pozadina prijedloga

“Gospodarstvo nije mjera čovjeka, tržište nije mjera svih stvari, ne postoji samo „logika tržišta.“ Stoga i postoje granice svekolike privatizacije koje postavlja socijalna država².”

Kao što je i sam predlagač ustavne izmjene naglasio u uvodnoj argumentaciji prijedloga, neupitno je da su tijekom postupka pretvorbe i privatizacije, koji se najvećim dijelom odvijao za trajanja Domovinskog rata i mirne reintegracije, počinjene brojne nezakonitosti koje su imale vrlo teške posljedice ne samo za pojedine tvrtke i pojedince već i gospodarstvo u cjelini. Predlagač također naglašava da su brzina i bezočnost bogaćenja pojedinaca *težak udarac na moralne vrijednosti hrvatskog društva³*.

Visoka razina učestalosti malformacija koje su se odvijale očita je ako se baci i samo ovlašan pogled na podatke iz izvješća Ureda državne revizije:

1. revidirana društva iskazala su manji temeljni kapital u iznosu od 965,052 mil. DEM, što predstavlja oko 3% njihovog temeljnog kapitala

- neprocijenjena imovina iznosi 484,74 mil DEM
- manje procijenjena imovina iznosi 124,32 mil DEM
- revalorizaciju otplaćenih kredita, odnosno precijenjene obveze 355,99 mil DEM
- zemljište površine 2.774 577m² i objekte površine 89 265 m² za koje se u tijeku revizije nije mogla utvrditi cijena

2. temeljni kapital revidiranih društava umanjen je za 3,93 mld DEM, odnosno 16,1%

3. broj zaposlenih u revidiranim društvima umanjen je za 386 675 odnosno 60,9%

4. stečajni postupak otvoren je nad 345 društava, odnosno 22,17%

5. razvojni program nije ostvarilo 64,01%, a djelomično je ostvarilo 20,5% društava

6. nepravilnosti u postupku pretvorbe i privatizacije utvrđene su u 1481 društvu, odnosno 95,2% revidiranih subjekata

Državni ured za reviziju uz to je utvrdio ukupno 1936 nepravilnosti koje se odnose na proces pretvorbe i privatizacije i poslovanja društava nestalih pretvorbom. Utvrđene nepravilnosti se odnose na proces pretvorbe (dio imovine nije uključen u procjenu, potraživanja poslovnih banaka pretvorena su u udjele na temelju revalorizacije već otplaćenih kredita, dokapitaliziranje nije obavljeno u skladu s programom pretvorbe, uložena sredstva nisu namjenski trošena), proces privatizacije (društvo je iz svojih sredstava financiralo dioničare

² Prema: P. HÄBERLE: 49 godina njemačkog Temelnog zakona, Politička misao, 3/1998, Vol.35

³ Prema: www.protivkorupcije.sdp.hr , 28.travnja 2008.

kod kupnje dionica, za stjecanje vlastitih dionica nisu bili ispunjeni zakonski uvjeti, korištena su upravljačka prava na temelju prenesenih neotplaćenih dionica malih dioničara) te poslovanje društava nastalih pretvorbom (prodaja imovine koja nije uključena u program, pripadajuća dividenda nije uplaćena u korist HFP, sanacija nije provedena u skladu s programom sanacije).

Unatoč dostatnoj šokantnosti predstavljenih podataka, dodajemo da bi bilo vrlo zanimljivo promatrati što bi se s njima dogodilo da je obavljena i revizija pretvorbe i privatizacije velikih gospodarskih subjekata, što nije za sektore energetike, telekomunikacija i bankarstva.

Ključna dimenzija problema međutim nije sama činjenica da je do nezakonitosti došlo, već je to (prema stajalištu predlagača) činjenica da su one ostale u potpunosti nekažnjene. Naime, Ured je državne revizije u svom konačnom Izvješću istaknuo da je za većinu nepravilnosti koje imaju obilježje kaznenog djela nastupila zastara⁴, a da njih čak 1215 nema ispunjenog obilježja kažnjivog djela, odnosno zakonima nisu propisane sankcije u trenutku počinjenja, zbog čega ih se i ne može retroaktivno kazniti. Od prijavljenih kaznenih djela 97 prijava (54,5%) je odbačeno, od čega je zastara bila razlog odbacivanja u čak 48,5% slučajeva.

Izloženi podaci jasno pokazuju da je pretvorba i privatizacija u Republici Hrvatskoj izrazito negativno i loše provedena. Proklamirani cilj privatizacije je bio, kao i svaki reformski zahvat općenito, *bolji život za sve građane kao rezultat veće proizvodnje i dugoročno održive što veće zaposlenosti i međunarodne konkurentnosti*⁵. Neupitno je, međutim, ne samo da do ostvarenja proklamiranih ciljeva nije došlo, već i to da se u stvarnosti dogodilo upravo suprotno: socijalne i ekonomske prilike su se pogoršale, a javnost je ostala s neodgovorenim pitanjem: koga kriviti za to. Takva je situacija dovela do izrazito negativnog javnog mnijenja ne samo spram privatizacije kao takve, već i svih osoba koje su u njoj sudjelovale i u njoj se obogatile. Često se primjećuje bespoštedno percipiranje svih koji su stekli određeno bogatstvo posljednjih godina kao osoba koje su to učinili na nepošten i prijetvoran način. Druga strana novčića ovog stajališta je i smanjeno povjerenje u državni pravosudni aparat, kao i u *pravednost* hrvatskog društva u cjelini. Iako ovakvi problemi nisu direktna posljedica isključivo i jedino nepravilnosti privatizacije, predlagači ih smatraju važnim pokazateljem postojanja alarmantnog problema koji se mora odlučno i ozbiljno riješiti.

U potpunosti se slažemo sa stavom predlagača da problem postoji. Uistinu, visina i učestalost nepravilnosti (bilo onih protuzakonitih, bilo onih neetičkih) koje su se javile u periodu pretvorbe i privatizacije nije zanemariva. Posljedice koje predlagači spominju su također relevantne. No unatoč afirmiranju postojanja problema, želimo izraziti skepsu da će ga upravo rješenje koje klub zastupnika i Vlada predlažu riješiti. Detaljno ćemo se ovom analizom baviti u narednim dijelovima rada.

⁴ Prijavljena kaznena djela od strane Državnog ureda za reviziju su slijedeća:

- zlouporabu ovlaštenja u gospodarskom poslovanju (čl. 292 KZ) 58,4%
- nesavjestan rad u službi (čl. 339 KZ) 15,7%
- zakon o vrijednosnim papirima (čl. 104) 10,7%
- nesavjesno gospodarsko poslovanje (čl. 291 KZ) 6,2%
- sklapanje štetnih ugovora (čl. 294 KZ) 4,5%
- ostala kaznena djela 4,5%

Podaci preuzeti prema: www.protivkorupcije.sdp.hr, 28. travnja 2008.

⁵ B. ŠKEGRO.: *Kako je privatizacija spasila Hrvatsku*. 2007., prema <http://www.zsem.hr/site/dmdocs/Skegro.pdf>; 14. travnja 2010.

2.2. Prijedlog ustavne izmjene: prijedlog kluba zastupnika nasuprot prijedlogu Vlade

Na žalost, u ovom trenutku ne postoji objavljena završna verzija prijedloga Ustavne izmjene, te stoga ne možemo direktno analizirati sam taj tekst. U skladu s tim ograničenjem ćemo se u ovoj analizi osvrnuti na postojeće tekstove prijedloga koje su podnijeli odvojeno klub zastupnika te Vlada.

Kada se u veljači 2008. prijedlog ustavne izmjene ponovno aktualizirao, prva konkretna inicijativa sa tekstom prijedloga i detaljnim obrazloženjem potrebe za izmjenom došla je od strane kluba zastupnika (SDP-HNS-IDS-HSS; ukupno 52 zastupnika) koju je predvodio zastupnik I. Josipović. Predlaže se otklanjanje zastarnih rokova zbog *posebne težine djela koja su rezultirala bogaćenjem pojedinaca u vrijeme kada su Hrvatska i njeni građani teško stradavali u ratu*. Prema konkretnom tekstu prijedloga Ustavu RH, članku 31. dodaju se novi stavci 2, 3. i 4. koji glase:

“Odredbe stavka 1. ovoga članka te članka 89. stavka 4. Ustava ne priječe suđenje i kažnjavanje bilo koje osobe za neki čin ili propust koji je u času počinjenja predstavljao kazneno djelo u skladu s općim načelima prava priznatim od civiliziranih naroda.

Ne može se pozvati na zastaru kaznenog progona onaj tko je počinio kaznena djela genocida, agresivnog rata, ratnih zločina, zločina protiv čovječnosti, kaznena djela počinjena iskorištavanjem ili zlouporabom ovlasti kojima je u vrijeme Domovinskog rata i mirne reintegracije, ratnog stanja i neposredne ugroženosti neovisnosti i jedinstvenosti države ili velikih prirodnih nepogoda pribavljena protupravna imovinska korist velikih razmjera te druga kaznena djela što ne zastarijevaju prema međunarodnom pravu.

Nezakonita imovinska korist ostvarena u postupku pretvorbe i privatizacije ili poslovanjem povezanim s njim te zlouporabom ovlasti tijekom obrane Republike Hrvatske oduzet će se. Očito nerazmjerna imovinska korist velikih razmjera ostvarena u postupku pretvorbe i privatizacije ili poslovanjem povezanim njim ili s obranom Republike Hrvatske, oporezovat će se sukladno zakonu. Primjenom ovih odredbi neće se dirati u prava trećih osoba koje su postupale u dobroj vjeri.”

Uz argumente koje smo istaknuli u prethodnom poglavlju (vidi *supra*: *Problemska pozadina prijedloga*), predlagači su istaknuli da nema povrede zakonitosti jer je **predvidljivost kazne** održavana s jedne strane donošenjem Zakona o reviziji pretvorbe i privatizacije koji je, između ostalog, imao za cilj otkrivanje i kažnjavanje kaznenih djela, a s druge strane pokretanjem određenog broja kaznenih postupaka. Uz taj, argumenti u prilog opravdanosti predloženog svode se na sljedeće:

1) Otklanjanje zastarnih rokova za upravo ova kaznena djela predlaže se zbog **posebne težine djela** koja su rezultirala bogaćenjem pojedinaca u vrijeme kada su Hrvatska i njeni građani teško stradavali u ratu.

2) Povrede pravne sigurnosti nema jer institut zastare, iako jest zamišljen kao jamstvo određene pravne sigurnosti građanima, zasigurno nije institut koji bi počiniteljima teških kaznenih djela bio temelj za kalkulaciju da protekom vremena ostanu nekažnjeni i *de facto* legaliziraju plodove zlodjela

3) Smatraju da Europski sud za ljudska prava stoji na stajalištu načelne dopustivosti retroaktivnost za slučajeve izmjene instituta zastare pri čemu ona ne predstavlja kršenje temeljnih ljudskih prava.

4) Vrhovni sud Republike Hrvatske *implicit* je zauzeo stanovište da je zastara institut mješovite naravi (procesne i materijalne) te *explicit* da primjena novih (duljih) zastarnih rokova nakon promjene zakona u slučajevima kada zastara nije istekla ne predstavlja povredu načela zakonitosti.

Predlagači zaključuju: *Iz svega navedenog proizlazi da bi efekt predložene promjene Ustava bio sprječavanje nastupa zastare u svim predmetima u kojima zastara već nije nastupila. Primjena promjene na način da se uspostavi mogućnost kaznenog progona nakon što je zastara već nastupila ostaje na procjenu hrvatskih sudova (sudovi sude temeljem Ustava i zakona) a ovisit će i o odluci Europskog suda za ljudska prava.*

U rujnu 2008. Vlada je dostavila svoj prijedlog, koji, iako je slijedio (doslovno) jednaku argumentaciju onoj kluba zastupnika, uvelike mijenja sam tekst prijedloga te predlaže: *Članku 31. iza stavka 3. dodaje se stavak 4. koji glasi: „Nema zastare za kaznena djela propisana zakonom počinjena u procesu pretvorbe i privatizacije. Imovinska korist ostvarena tim djelima oduzet će se.“*

Već je na prvi pogled očito da je ovakvim „kraćenjem“ članka Vlada u potpunosti žrtvovala jasnoću norme (o kojim se kaznenim djelima radi te kome će se oduzeti imovinska korist?). Međutim, unatoč ovako važnoj supstancijalnoj promjeni prijedloga, zanimljivo je da u Vladinom tekstu obrazloženja ne postoji niti jedan paragraf sa objašnjenjem kraćenja ili smisla norme. Smatramo stoga da nejasnoća i nedorađenost prijedloga te izostanak ikakvog obrazloženja istog u potpunosti diskvalificiraju ovaj prijedlog od ozbiljne znanstvene analize, te ćemo stoga rad nastaviti analizirajući prijedlog kluba zastupnika kao jedini mjerodavan.

U narednom ćemo se dijelu rada posvetiti analizi prijedloga kluba zastupnika (u nastavku: prijedloga) te argumenata predlagača na način da ćemo analizirati pitanje *pozicioniranja izmjene na ustavnu razinu* (3.1.) te potom *argumenata predlagača* (3.2.) u smislu posebne težine upravo tih kaznenih djela (3.2.1.) te *dopustivost izmjene u skladu sa pravnim načelima* (3.3.): *načelom jednakosti svih pred zakonom* (3.3.1.), *načelom zakonitosti* (3.3.2.) u smislu *zabrane retroaktivnosti* (3.3.2.1.) i *zahtjeva lex certa* (3.3.2.2.) te *odvojenosti grana vlasti* (3.3.3.). Potom ćemo se posvetiti proučavanju *praktičnih implikacija izmjene* (3.4.) i to kroz pitanje *realne provedivosti prijedloga* (3.4.1.) a potom *moćnih posljedica izmjene* (3.4.2.).

3. Analiza prijedloga ustavne izmjene

3.1. Pitanje pozicioniranja izmjene na ustavnoj razini

Podaci koje smo naveli u prvim poglavljima rada izazivaju nevjericu. Ipak, još je nevjerovatnija činjenica da se njima slobodno raspolagalo i prije posljednje zakonodavne promjene Kaznenog zakona (2004.) te da se unatoč tome nije učinilo baš ništa na toj razini kako bi se preduhitrio nastup zastare. Takva se preventivna reakcija (primjerice, produženja zastarnog roka uz dopuštenu retroaktivnu primjenu prema praksi ESLJP-a⁶) svakako trebala učiniti ako ne zbog same hipertrofije gospodarskog kriminaliteta, tada zbog cjelokupnih socijalnih, političkih, ekonomskih i moralnih posljedica tih djela. No, obzirom da nije, ne čudi da se u ovom trenutku kao jedini način da se zakašnjela reakcija ostvari vidi i naglašava ustavna promjena.

U nastavku ćemo obrazložiti zašto smatramo da **Ustav RH nije pravo polje za ovakvu izmjenu**. Svoj stav temeljimo na sljedećim argumentima: **prvi**, Ustav ne smije biti polje na kojem se *ad hoc* rješavaju gorući problemi već vrhovni pravni akt koji, iako u razumnim granicama promjenjiv, treba osiguravati stabilnost fundamentalnih jamstava. **Drugo**, ne postoji racionalan argument zašto bi baš Ustav bio polje s kojeg će se norma primijeniti s većom dosljednošću i učinkovitošću. Naposljetku, kao **treći** argument ističemo činjenicu da, komparativno gledano, u svim primjerima uvođenja nezastarijevanja za teška kaznena

⁶ Vidi infra, § 3.3.2.2.

djela (osim onih propisanih međunarodnih pravom koji su, međutim, ionako samo deklariranje postojećeg a ne konstitutivno uvođenje novog) niti jedna država to nije činila na način da mijenja Ustav, već izmjenom kaznenog zakona/zakonika.

Ad 1. Iako u svojim stavovima ne idemo toliko daleko da bismo smatrale *vječnost kao ustavno-državno jamstvo identiteta*⁷, ipak ističemo da promjena Ustava ne bi trebala biti uobičajena reakcija na faktične nedostatke provedbe nekog od normativnih ciljeva. Činjenica da pravosudni sustav nije uspio pravovremeno procesuirati određena kaznena djela ne bi trebala biti dostatan razlog da se promjena uvodi na ustavnoj razini, ako je niža razina (uobičajena za ovakve zahvate) jednako dostupna i raspoloživa. Na potrebu ozbiljnog shvaćanja Ustava i njegovih potencijalnih izmjena upozorava i sama činjenica da Hrvatska spada u red država sa krutim ustavom⁸, čija je promjena moguća samo uz kvalificiranu većinu Sabora. Ističemo, prema nama, direktno primjenjiv zaključak B. Smerdela kako je *izuzetno važna potvrda koncepcije prema kojoj ustavni sustav – bez obzira na način nastanka i usvajanja ustavnog teksta, ne ovisi isključivo o „ustavnom trenutku“*.⁹

Međutim, iako u skladu s time smatramo da ustav treba biti najstabilniji akt jedne države¹⁰ te čvrst jamac fundamentalnih prava ljudi, ističemo da razlog našem opreznom stajalištu spram ustavnih promjena nije samo u tome što Ustav ne bi smio služiti kao polje za gašenje vatre (dok se pravi uzroci problema ne diraju) već i u tome što smatramo da ne postoji niti jedan racionalan i logičan argument u prilog činjenici da ova promjena treba ići upravo na ustavnu razinu. Uzevši u obzir činjenicu da predlagatelji promjene opetovano tvrde da prijedlog nije u suprotnosti sa ustavnim jamstvima (pa niti zabranom retroaktivnosti), čini se neobičnim inzistiranje na pozicioniranju iznad zakonske razine. Jedino posebno u ovom pozicioniranju je upravo to da se faktički otklanja mogućnost tumačenja ustavnosti norme od strane Ustavnog suda Republike Hrvatske. Davanje Ustavnom sudu mogućnosti za izjašnjavanje smatramo izuzetno potrebnim za razvoj vladavine prava. U skladu s time, naprasno stavljanje norme na razinu koja joj omogućuje da od tada služi kao mjerilo za sve ostale (niže) norme bez ikakve jasne artikulacije potrebe za tako visoko pozicioniranje, čini se poprilično upitnim.

Zanimljivo je da je i sam inicijator i predlagatelj ustavne izmjene I. Josipović potvrdio činjenicu da bi bilo bolje da se pojedini odrazi društvenih situacija normiraju u posebnim ustavnim zakonima ili slično, kako se ne bi narušavala sama stabilnost Ustava¹¹.

⁷ O tome rano H. EHMKE, Grenzen der Verfassungsänderung, 1953.; kasnije P. HÄBERLE, Verfassungsrechtliche Ewigkeitsklauseln als verfassungsstaatliche Identitätsgarantien (1985.); P. KIRCHHOF, Die Identität der Verfassung, u: HdBStR, 2. izd. 1995., sv. 1, 775 i dalje.

Citirano prema: P. HÄBERLE, op. Cit. (bilj. 2)

⁸ *Kruti ustavi su ustavi koji se mogu mijenjati odnosno revidirati samo na način koj se razlikuje od načina donošenja i mijenjanja zakona.* Prema: B. SMERDEL, S. SOKOL: Ustavno pravo, Pravni fakultet u Zagrebu, 2006., Str. 27. Krutost hrvatskog ustava se očituje u kvalificiranoj većini potrebnoj za izglasavanje promjene Ustava: za načelno odlučivanje hoće li se pristupiti promjeni Ustava potrebna je većina svih zastupnika, dok je za izglasavanje novog Ustava potrebna dvotrećinska većina svih zastupnika Sabora.

⁹ B. SMERDEL: Temeljni zakon SR Njemačke: pouke za tranzicijsku i europsku ustavnost, Novi informator, 5764/2009 Str.1-2.

¹⁰ Komparativno gledano postoje i primjeri stabilnog Ustava koji biva često mijenjan – Njemačka. Ipak, ne smatramo pravnu situaciju Njemačke usporedivu sa našim zbog njihove duboke i jake tradicije Ustavnog sudovanja koja može izvući takvo postupanje. Njemački ustav je, tako, jedan od najizmjenjivijih ustava na svijetu. Ako se u računicu uzme početni broj članaka koliko je imao 1949., što iznosi 147, te tome u razmjer stavi broj promjena koje su od tada nastupile; njih 190, dobije se brojka od čak 1.20 izmjena prema članku Ustava. Računica uzeta prema: A. BUSCH: The Grundgesetz after 50 years: Analyzing changes in the German constitution, 2004., <http://users.ox.ac.uk/~busch/papers/grundgesetz.pdf>; 4. travnja 2010.

¹¹ I. JOSIPOVIĆ (2009.): Prijedlog za izmjenu članka 31. Ustava Republike Hrvatske, Novi informator. Br. 5821/2009, str. 9

Ad 2. Argument koji se, a kao opravdanje za pozicioniranje norme na ustavnu razinu, ponekad znao čuti jest taj da će takvo visoko pozicioniranje normi dati jamstvo primjenjivosti *per se*. Stav prema kojem će pozicioniranje na ustavnu razinu *eo ipso* učiniti neku normu jače primjenjivom od drugih čini nam se kao vrlo upitan stav. U potpunosti se slažemo sa tvrdnjom J. Isenseea te ističemo da *ustav ne može jamčiti uspjeh svog važenja sam za sebe*¹². Mišljenja smo da primjenjivost norme ni po čemu ne bi bila slabija kada bi bila stavljena na zakonsku razinu, tim više što hrvatski sudovi (unatoč pritisku Europske unije) do sada nisu pokazali inicijativu i motivaciju za direktnom primjenom ustavnih normi.

Ad 3. Činjenica je koju predlagatelji često ističu da postoji niz komparativnih primjera gdje je zakonodavac uvodio izmjenu instituta zastare *ad hoc* na temelju kontekstualnog problema koji je zahtijevao ekspeditivnu reakciju. Neki od primjera koje ćemo ukratko predstaviti su primjer Njemačke (3.a.; uvođenje nezastarijevanja za ubojstvo zbog problema Nazi-zločina), Švedske (3.b.; nezastarijevanje ubojstva vjerojatno zbog problema neotkrivanja ubojice bivšeg premijera) te Japana (3.c.; nezastarijevanje za teška kaznena djela zbog velikog broja neprocesuiranih zločina).

3.a. Njemačka. Primjer koji se često spominje kada se pokušava opravdati normativno reagiranje na faktičnu situaciju jest primjer uvođenja nezastarijevanja za ubojstvo (*mort*) u Njemačkoj. Njemačka svakako ima zanimljivu povijesnu pozadinu nepostojanja zastare za kazneno djelo ubojstva. Zapadnonjemački *Bundestag* je 3. srpnja 1979. godine svjedočio teškoj, sedmosatnoj raspravi o ovoj temi, koja je dala rezultat od 253 glasa za, prema 228 glasova protiv ukidanja prijašnjeg 30-godišnjeg zastarnog roka. Naoko se može učiniti čudnom potreba da se, ionako (sa stajališta hrvatskog kaznenopravnog sustava) dug zastarni rok potpuno ukine, no *ratio* težine problema jest postojanje velike mogućnosti da pojedini zločini iz Nazi-Njemačke (dakle, izuzetno teški zločini) ne budu kažnjeni. Zahvaljujući medijima¹³, javnost je bila osobito uznemirena i vršila jak pritisak, međunarodna zajednica i posebno Židovi diljem svijeta pridružili su se zahtjevima spram Parlamenta, na koji je dostatan pritisak iznutra već vršio tadašnji ministar Hans-Jochen Vogel¹⁴. Kancelar Schmidt je također podupirao izmjenu te je u svom govoru održanom na 40-obljetnici Kristalne noći pozvao svjetsku javnost da izrazi svoje mišljenje o predmetu, smatrajući da cijeli svijet ima pravo glasa jer je svaki njegov dio bio itekako pogođen Nazi zločinima¹⁵. U novinskom članku objavljenom u časopisu *Lakeland Ledger* u trenutku debate o mogućoj kaznenopravnoj izmjeni bio je napisano: *The greatest crime in history cannot be normalized by a limitations period. The unique horror of that period deserves a unique rendering*¹⁶. Koliko je praktična važnost ove odluka govore nam i podaci da je u periodu od 8. svibnja 1945. pa do 1. siječnja 1968. provedeno 77,044 istraga protiv osoba osumnjičenih za počinjenje zločina Nazi-režima, od čega je njih 6,192 osuđeno (od čega 12 njih na smrtnu kaznu, 90 na doživotnu kaznu zatvora, 5 979 na kaznu zatvora a 114 njih na novčanu kaznu), dok je 1968. u fazi istrage bilo još 19,933 slučaja, kako je objavio *Federal Republic of Germany Information Center* u svojoj izjavi za javnost danoj 15. listopada 1968¹⁷. Ipak, ističemo da je čak i ova krucijalna izmjena (koja svakako jest opravdana povijesnim kontekstom jednog od najmon-

¹² J. ISENSEE: Država, ustav, demokracija, Politička kultura, Zagreb, 2004., str. 113.

¹³ Posebice je, prema anketama, jak utjecaj imalo prikazivanje američke mini-serije *Holocaust*.

Podaci prema: <http://www.time.com/time/magazine/article/0,9171,920511,00.html>; 09. travnja 2010.

¹⁴ Nakon zakonodavne promjene, za američke je novine rekao: "After Auschwitz, there can be no statute of limitation for murder in Germany."

Prema: <http://www.time.com/time/magazine/article/0,9171,920511,00.html>, 10. ožujka 2008.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Podaci uzeti iz: R. H. MILLER: The Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity, *The American Journal of International Law*, 3/1971, Vol. 65, str. 476-501. Pohranjeno u Internet bazi podataka: <http://www.jstor.org>; 10. travnja 2010.

struoznijih zločina kojima je povijest svjedočila) uvedena na zakonskoj, a ne na ustavnoj razini. Podsjećamo da je u tom trenutku u Temeljnom zakonu Njemačke (njemačkom ustavu) koji je na snazi bio od 24. svibnja 1949. već bila uključena norma koja je zabranjivala retroaktivnost (čl. 103. st.2.)¹⁸. Dakle, unatoč njoj, promjena se uvela na zakonskoj razini i novo se pravilo primijenilo na sva kaznena djela retroaktivno. Danas su zastarne norme sadržane u petom poglavlju njemačkog Kaznenog zakonika, Strafgesetzbuch-a (StGB), promulgiranog 13. listopada 1998. (*Federal Law Gazette I*, p. 945, p. 3322), uz izmjene i dopune od 02.10.2009.¹⁹ Nakon izloženog povijesnog konteksta zakonodavne promjene instituta zastare, smatramo da bi bilo zanimljivo pokazati i problematizirati koje su direktne posljedice takvog uređenja aktualne danas. Dakako, ponovno naglašavamo, pozitivna strana cijelog događaja je ta da je uistinu minimiziran broj zločinaca koji su izbjegli *pravdi* za sve monstruozne zločine holokausta. Ipak, koliko je zapravo represivno gledanje na situaciju kroz *perpetuum* okvira vremena vidi se po sljedećem primjeru.

Sobibor je bio jedan od Nazi-kampova za istrebljenje u okupiranoj Poljskoj kojem je u ubijeno oko 250. 000 Židova. Jedan od počinitelja ovakvih zločina bio je i Ivan „Okrutni“ Demjanjuk. S obzirom na to da on nije odmah procesuiran po završetku Drugog svjetskog rata (odselio je u Ameriku gdje je i ostao do nedavno), nedavno je bio prisiljen, sada kao 89-godišnjeg starac, doputovati iz Amerike na suđenje u München. Smatramo da je ovakav ishod zbilja jasna ilustracija represivnog duha kaznenopravnog sustava koji produljuje mogućnost procesuiranja unedogled. Naime, iako u ovom konkretnom slučaju povijesna strava koja se odigrala zahtjeva stroge mjere, sama ideja da će se 50 godina poslije djela nekom moći suditi gotovo automatski čini postulat pravičnog suđenja apsurdnim. Dakako, uz poštovanje argumenta posebnosti holokausta, nećemo pobijati ovakvo rješenje, ali ćemo ilustraciju iskoristiti kao ozbiljno upozorenje moguće budućnosti u hrvatskoj pravnoj stvarnosti. Ključno je zapitati se jesu li zločini iz pretvorbe i privatizacije stvarno toliko teški i strašni. No o ovom aspektu problema više infra § 3.2.1.

3.b. Švedska. Jedan od primjera reagiranja na aktualni problem kao glavni uzrok zakonodavnoj izmjeni svakako je i Švedska. U ožujku 2010. Švedska je prihvatila zakonodavnu izmjenu prema kojoj se ukida zastara za ubojstvo²⁰. Novi zakon treba stupiti na snagu 1. srpnja 2010., te će se primijeniti retroaktivno na one počinitelje kaznenih djela ubojstva (*homicide* te *manslaughter*) te terorizma koji su u trenutku počinjenja kaznenog djela imali navršenu 21. godinu života. Zanimljivo je da je do ove zakonodavne intervencije pravno uređenje bilo takvo da zastara ubojstva nastupa za dvadeset i pet godina od počinjenja zločina, što bi se za slučaj ubijenog bivšeg premijera Olofa Palmea navršilo upravo u veljači 2011. godine²¹. Ipak, u svim službenim priopćenjima Vlada nikada nije isticala ovaj razlog, već je kao glavni argument uz argument *pravde* (kako je pravni stručnjak Središnje stranke Johan Linander rekao: *nevažno kada je zločin počinjen, počinitelja treba smatrati odgovornim*²²) naglašavala argument *povećanih dokaznih mogućnosti* (misleći prvenstveno na DNA analizu, kao i u slučaju Japana). Ponovno naglašavamo da je i u ovom slučaju riječ o izmjeni na zakonskoj, a ne ustavnoj razini.

¹⁸ *Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde.*

Tekst u originalu preuzet sa <http://www.bundestag.de/dokumente/rechtsgrundlagen/grundgesetz/index.html>

¹⁹ §78 (2) *Verbrechen nach § 211 (Mord) verjähren nicht* te § 79 (2) *Die Vollstreckung von lebenslangen Freiheitsstrafen verjährt nicht.*

Tekst propisa na njemačkom jeziku preuzet sa: <http://dejure.org/gesetze/StGB>; 2. travnja 2010.

²⁰ Više pogledati na: <http://www.rod.se/politikomraden/rattsvasende/Enighet-om-slopap-preskription/>

²¹ Bivšeg premijera je nepoznat počinitelj upućao 28. veljače 1986. godine dok je šetao kući iz kina u središtu Stockholma.

²² Prema: www.thelocal.se/22532/20091008; 18. travnja 2010.

3.c. Japan. Vrlo aktualan primjer daje nam i Japan, čije je zakonodavno tijelo trenutno u postupku glasanja o prijedlogu izmjene kaznenopravnih odredbi Zakona o kaznenom postupku te Penalnog zakona u sferi zastare. Naime, u petak, 13. ožujka ove godine Vlada je prihvatila prijedlog Zakonodavnog vijeća Ministarstva pravde o ukidanju zastare za kaznena djela za koja je propisana smrtna kazna. Također se predlaže udvostručenje zastarnog roka za velik dio teških kaznenih djela, poput silovanja koje je rezultiralo smrću žrtve²³. Smatra se da će zakonodavni prijedlog biti usvojen u lipnju ove godine²⁴. Mnogi smatraju da je ovakav potez velik korak naprijed za japansko pravosuđe, posebice s obzirom na to da je prema državnim statističkim podacima iz 2007.²⁵ samo te godine zabilježeno čak 146 razbojništava, 78 silovanja, 58 ubojstava te 20 paleža sa teškom imovinskom posljedicom (svi navedeni zločini spadaju u kategoriju zločina koja prema predloženoj izmjeni ne bi zastarijevala). Iako je još 2004. Japan povećao zastarne rokove za većinu zločina, javni pritisak ne jenjava. Posebno je glasna udruga obitelji žrtava *Sora no Kai*, koja zahtijeva potpuno ukidanje zastare za ubojstvo. Ipak, unatoč činjenici da je javni pritisak zasigurno jedan od važnih razloga ovakve zakonodavne intervencije, smatramo potrebnim naglasiti da je Japan u službenim priopćenjima u ključne razloge za izmjenu uvijek ubrajao činjenicu poboljšanja dokaznih metoda – referirajući se pritom prvenstveno na sada dostupnu DNA analizu²⁶. Dakle, argument neudovoljenja pravdi nije jedini dostatan da se opravda ovakva intervencija (što je vrlo zanimljivo kada se pogleda s gledišta da govorimo o zemlji koja je u ime pravde do danas zadržala smrtnu kaznu). Važno je pripomenuti da japanski zakonodavac odlučno ističe da će se nove odredbe primijeniti (uz osobe koje tek počine delikt) samo na one osobe za koje je zastarijevanje još u tijeku. Dakle, osobe kojima je zastara nastupila neće biti obuhvaćene ovom promjenom, koja će biti provedena na zakonodavnoj (a ne ustavnoj) razini.

Zaključno ponavljamo da, iako postoje komparativni primjeri koji opravdavaju normativne intervencije kao *ad hoc* reakcije na urgentnost problema, krajnje je neuobičajeno takav problem rješavati na ustavnoj razini. Kada tom argumentu pridodamo još i činjenicu da u ekspanaciji predlagatelja ni na jednom mjestu nije objašnjeno zašto bi takva promjena morala biti plasirana na ustavnu razinu, niti je jasno zašto bi za njenu efikasnost bilo štetno pozicioniranje na uobičajenoj, zakonodavnoj razini (a uzevši u obzir čvrst stav predlagatelja da njena retroaktivna primjena nije kršenje načela zakonitosti), jasno je da nema nikakvog racionalnog objašnjenja ovakvom inzistiranju predlagatelja.

3.2. Analiza argumentacije predlagača

U ovom ćemo se dijelu rada prvenstveno baviti na predlagateljevim argumentom *posebne težine* upravo imovinskih kaznenih djela iz privatizacije i pretvorbe te pokazati da ne može biti opravdanja za jednako tretiranje takvih delikata i zločina koji su nezastarivi prema međunarodnom pravu. Svakako se ovakvo opravdanje ne može naći isključivo u „želji naroda za pravdom“. Ostalih argumenata predlagača ćemo se dotaknuti u dijelu rada o dopustivosti predložene izmjene sa stajališta ustavnopravnih načela, jer su to tematski okviri u kojima ih i sam predlagač raspravlja.

²³ Informacije preuzete sa: www.japantoday.com/category/politics ; 22. travnja 2010.

²⁴ Presumpcija se temelji na činjenici da je glavna opozicijska politička stranka, Liberalno-demokratska stranka, također na strani predložene izmjene, čime se postigla većina u parlamentu.

²⁵ *Statistics Bureau and the Director-General for Policy Planning*, službena web stranica: <http://www.stat.go.jp/english/data> ; podatak citiran prema: <http://search.japantimes.co.jp/cgi-bin/nn20100330i1.html>; 18. travnja 2010.

²⁶ www.japantoday.com ; 06. travnja 2010.

3.2.1. Glad naroda za pravdom: posebna težina dotičnih kaznenih djela

Predlagatelji ustavne izmjene smatraju da se u Republici Hrvatskoj treba uvesti nezastarijevanje za imovinska kaznena djela počinjena u okviru gospodarskog kriminaliteta iz pretvorbe i privatizacije. Svoj stav opravdavaju riječima da su upravo ta kaznena djela osobito teška, jer su utjecali ne samo na cjelokupno gospodarstvo Republike Hrvatske već i raširen osjećaj nepravde u narodu, koji traži i zahtjeva procesuiranje počinitelja.

Uistinu, smatramo očitom težnju hrvatske javnosti da za sve malformacije netko bude proglašen odgovornim i kažnjen. Ipak, smatramo važnim istaknuti da je ova argumentacija više političke nego pravne prirode, što je čini uvelike neupotrebljivom. Posebice je na političko-populacionističke razloge potrebno paziti u trenucima društvenog previranja, što svakako jest i trenutak kada jedna država prelazi iz centralno-državne u kapitalističku privredu. Ovaj je problem jasno istaknuo i Isensee rekavši: *Ustav gubi svoju statičnost i njegov se normativni identitet rastače. Nosi ga struja političkoga te je on, iako po svojoj naravi osnova pravnog poretka, politički izložen. Nije bez razloga što se ustavno pravo naziva političkim pravom. Normativnost je strukturalno ugrožena, ustav u svako doba može prijeći iz pravnog agregatnog stanja u političko*²⁷.

Upitno je smatrati da se legitimitet neke ustavne izmjene može vući (kao što je to kod prvotnog stvaranja ustava) samo iz izražene volje većine²⁸. Dakako, moguće je ovakvu argumentaciju pravdati povijesno-pravno te citirati, primjerice, Izjavu o neovisnosti (1776.) u kojoj je jasno rečeno da se *pravedne ovlasti izvode iz volje onih nad kojima se vlada*. Isensee također tvrdi da *narod jest, neupitno, referencijalni subjekt za ustavotvorca*²⁹. No u modernoj pravnoj državi samo puka volja većine ne može i ne smije biti jedini odlučujući faktor. Tome su na put stala pravna jamstva koja država ima kao obveznik ne samo zaštite svih svojih građana već i objektivne zakonitosti.

Imajući sve ovo na umu, u razmatranju argumentacije predlagачa u nastavku ćemo zanemariti argument negativnog javnog mnijenja, te se osvrnuti isključivo na pitanje postojanja paralele sa kaznenim djelima koja su do sada imala tradiciju nezastarijevanja.

Uzevši u obzir hrvatsku pravnu tradiciju u svezi sa institutom zastarijevanja, evidentno je da je za samo jednu skupinu kaznenih djela propisano nepostojanje zastare: za kaznena djela za koja je tako utvrđeno međunarodnim pravom: genocid, ratne zločine te zločine protiv čovječnosti³⁰. Opravdano je stoga zapitati se, a ako je predložen isti tretman tih kaznenih djela, jesu li predložena kaznena djela slična (analogna) njima.

Smatramo da imovinska kaznena djela bilo koje vrste nikada ne mogu biti svojom težinom analogna kaznenim djelima genocida, ratnih zločina te zločina protiv čovječnosti iz dva razloga: **prvi**, jer štite drugačiju temeljnu vrijednost, te **drugi**, jer postoji specifično međunarodnopravno uređenje te skupine zločina koje je i prije službene formulacije bilo dio općih načela civiliziranih naroda, te se stoga problem retroaktivnosti nikada i nije postavljao. Detaljnije ćemo pojasniti oba razloga nepostojanja analogije.

Ad 1. Genocid, ratni zločini te zločini protiv čovječnosti su, kao što je navedeno u preambuli Konvencije UN-a o nezastarijevanju ratnih zločina i zločina protiv čovječnosti, toliko ključni i važni da predstavljaju *stvar od ozbiljnog interesa za javno mišljenje cijelog*

²⁷ ISENSEE, op.cit. (bilj. 12), str. 113.

²⁸ Ibid.

²⁹ Ibid., str. 123.

³⁰ Kazneni zakon (NN 110/97., 27/98., 50/00., 129/00., 51/01., 111/03., 190/03., 105/04., 84/05., 71/06., 110/07 i 152/08) čl.18. st.2. : **Nemogućnost primjene kaznenog zakonodavstva zbog proteka vremena:** (2) *Nemogućnost primjene kaznenog zakonodavstva Republike Hrvatske ne odnosi se na kaznena djela genocida iz članka 156., agresivnog rata iz članka 157., zločina protiv čovječnosti iz članka 157.a, ratnih zločina iz članka 158., 159. i 160. ovoga Zakona te drugih kaznenih djela što ne zastarijevaju prema međunarodnom pravu.*

svijeta³¹. Njihova je težina i brutalnost te neizrecivost patnji žrtava tolika da po *prirodi stvari* ne zastarijevaju, kao što je rečeno u French Act-u iz 1964³². Također, prema riječima specijalnog reportera Coste Floreta prilikom debate u Francuskom nacionalnom vijeću (neposredno prije adopcije navedenog akta), njihova se posebnost vidi u tome što *se princip oprosta i zaborava ovdje jednostavno ne može primijeniti (...). Zločini počinjeni ovdje su takve težine da nikada neće moći biti ispričani ili zaboravljeni*³³. Opravdano je zapitati se odgovaraju li gospodarska kaznena djela ijednom od navedenih opravdanja posebnog statusa genocida, ratnih zločina i zločina protiv čovječnosti. Sasvim očitim smatramo da ne odgovaraju.

Ad 2. Nadalje je za navedene zločine važno da su i prije izričite formulacije do koje je došlo 1968. u krilu UN-a te 1974. u okviru Vijeća Europe, bili dio općih načela međunarodnog prava prihvaćenih među civiliziranim narodima, i stoga se nikad nije ni moralo postaviti pitanje nedopuštene retroaktivne primjene. Naime, međunarodno je pravo prema pravnoj snazi iznad nacionalnih zakona, i uvođenje odredbi u nacionalno zakonodavstvo koje su prethodno već bile formulirane u međunarodnom pravu ima samo deklaratorni, a ne i konstitutivni karakter³⁴.

Također smatramo potrebnim osvrnuti se na argument predlagatelja da su ova djela osobito teška zbog toga jer su izazvala svojevrsan *moralni bunt* u narodu među kojim vlada opći *osjećaj nepravde* jer *mnogi koji su "jamili" su na slobodi*. Iako je u prethodnom radu suautorice Vidak Gojković³⁵ istaknuto da je povijesno početna ideja instituta zastare bila ideja materijalnopravnog instituta, svojim razvojem institut zastare je neminovno počeo služiti svrsi procesnog oportuniteta. Sa gledišta hrvatskog sudstva te pravne znanosti, iako je ovaj institut mješovite, on je pretežito ipak procesnopravne prirode, dakle, kao što je i rekao hrvatski Vrhovni sud *Zastara nije institut nastao da ide na korist okrivljeniku, već je to institut procesnog oportuniteta*³⁶. Podsjećamo, u RH (i većini kontinentalnopravnih zemalja) je zastara *opći institut*, koji se primjenjuje *isključivo ovisno o proteklom vremenu* od počinjenja zločina, odnosno, nastupa posljedica, za sve počinitelje, neovisno o okolnostima slučaja, pa tako i njegovoj potencijalnoj krivnji odnosno odgovornosti za počinjeno kazneno djelo. Dakle, činjenica da je netko od optuženih vjerojatno počinitelj kaznenog djela i to vjerojatno kriv počinitelj kaznenog djela zbog čega se u narodu stvorio *moralni bunt* ili *potreba za pravdom*, ni na koji način ne utječe na pitanje konkretne primjene instituta zastare. Stoga argument da je *ishod nepravedan* jer su *vjerojatni počinitelji na slobodi* jednostavno ne stoji. Ovakva naknadna kontrola opravdanosti primjene instituta bi se takvom logikom onda morala proširiti na sve slučajeve od osamostaljenja Hrvatske do danas, jer zasigurno je da je netko od onih kojima je nastupila zastara vjerojatni kriv počinitelj kaznenog djela. Ovakvo je gledište stoga praktično potpuno neprimjenjivo. Ako se želi ulaziti u takav stav spram instituta, onda je jedino moguće vratiti se na uređenje iz 1849. god., kada smo imali *akvizitornu zastaru* koja je ovisila o pojedincu i njegovoj samorehabilitaciji³⁷.

³¹ U originalu: *a matter of serious concern to world public opinion*; Tekst konvencije prema: Internet, <http://www2.ohchr.org/english/law/warcrimes.htm>; 17. veljače 2010.

³² *Crimes against humanity are, by its nature, not subjected to the statute of limitations*. Tekst prema: A. RUTH: *Statutory limitations in international criminal law*, The Hague: T.M.C. Asser Press, 2007.

³³ U originalu: *the principle of forgive and forget simply does not apply here (...). The crimes committed were of a gravity not to be pardoned or forgotten* A. RUTH, op. cit. (bilj. 32)

³⁴ B. ZLATARIĆ, Problem zastare međunarodnih zločina u usporednom i međunarodnom pravu, Zbornik PFZ, 1/66.

³⁵ E. VIDAK GOJKOVIĆ: Institut zastare u kaznenom pravu: kriminalno-politički i pravno-filozofski ogledi, Pravnik, 87/2009, vol. 43, str.73-92.

³⁶ VSH, I Kž - 256/83, 9. studenog 1983. Ponovljeno u presudama VSRH Kž – 1340/ 60 te VSRH Kzz-5/98, kao i u pravnom mišljenju Kaznenog odjela Vrhovnog suda sjednice 10. studenog 2006.

³⁷ U *Skupozakoniku*, akvizitorni elementi očituju se u paragrafu 229., gdje se uz uvjet proteka vremena traži da zločinac nije zadržao korist od djela, da je (koliko je moguće) nadomjestio štetu, nije počinio novo kazneno djelo niti pokušao pobjeći iz države.

S druge strane, uz to što je praktično neprimjenjivo, ovakvo je uređenje i pravno neopravdano s obzirom na jamstvo *jednakosti svih pred zakonom*³⁸. Ako bi se otvaranje novih postupaka unazad na temelju vjerojatnosti da je netko nešto počinio (podsjećamo – u skladu sa presumpcijom nevinosti svi oni koji su možda počinili djelo gospodarskog kriminaliteta su trenutno nevinu ljudi) primijenilo samo na počinitelje kaznenih djela počinjenih u procesu pretvorbe i privatizacije, opravdano bi se moglo zapitati ne samo zašto baš oni i zašto baš ta djela, već i zašto u tom periodu. Je li gospodarski kriminalitet počinjen u razdoblju Jugoslavije bio manje ozbiljan? Teško.

3.3. Problem dopustivosti prijedloga prema ustavnopravnim i kaznenopravnim načelima

Smatramo da se predložena izmjena direktno sukobljava sa mnogim ustavnopravnim načelima koja smatramo ključnim i nepromjenjivim dijelom ustavne kulture Republike Hrvatske. U skladu s time, svaka izmjena koja se sukobljava s njima je direktno nedopuštena: *Revizija se mora držati u okvirima postojećeg ustava (...). Ona se odnosi na formulacije i sadržaj, no ona ne dira osnovu važenja ustava i ne ukida njegov normativni identitet niti kontinuitet*³⁹.

U nastavku ćemo objasniti razloge iz kojih smatramo da se predložena izmjena, način njezine formulacije i mogućnost provedbe kosi sa načelom *jednakosti svih pred zakonom* bez diskriminacije (3.3.1.), sa načelom *zakonitosti* (3.3.2.) u smislu *zabrane retroaktivnosti* (3.3.2.1.), *jasnoće zakona* (3.3.2.2.) te načela *odvojenosti grana vlasti* (3.3.3.).

3.3.1. Ustavno načelo jednakosti svi su pred zakonom

U čl.14. Ustava Republike Hrvatske stoji:

Svatko u Republici Hrvatskoj ima prava i slobode, neovisno o njegovoj rasi, boji kože, spolu, jeziku, vjeri, političkom ili drugom uvjerenju, nacionalnom ili socijalnom podrijetlu, imovini, rođenju, naobrazbi, društvenom položaju ili drugim osobinama.

Svi su pred zakonom jednaki.

Tumačenjem članka dolazimo do zaključka da za one koji su počinili jednaka kaznena djela mora postojati jednaka kazna. U skladu s time, smatramo nepostojanje jasnog opravdanja zašto baš počinitelji gospodarskog kriminaliteta u privatizaciji i pretvorbi strože odgovaraju suprotno načelu jednakosti svih u pravima i obvezama. Smatramo opravdanim pitanje zašto se strogost zakona odnosi baš na period privatizacije i pretvorbe? Što je sa začecima privatizacije u Hrvatskoj, koji su se počeli događati neposredno pred raspad Jugoslavije? Što je sa krađama, prijevarama i gospodarskim kriminalitetom u vrijeme Jugoslavije, koji je bio činjen u ime jednakosti? Jesu li krađe i nezakonitosti koje su se tada događale bile manje grozne, ili ih činjenica da su činjene pod krinkom jedinstva čini još težima?

3.3.2. Načelo zakonitosti: zabrana retroaktivnosti i pravna sigurnost

Načelo zakonitosti, sažeto izraženo u sentenci *nullum crimen, nulla poena, sine lege* jedno je od najvažnijih pravnih načela. Njime se osigurava *garantivna funkcija kaznenog*

Naziv *akvizitorna zastara* preuzet prema: L. CVITANOVIĆ: Aktualna problematika zastare u hrvatskom kaznenom zakonodavstvu, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, 2/2006, vol.13, str. 505.-521

³⁸ Ustav RH (NN br. 41/2001 pročišćeni tekst, NN br. 55/2001 ispravak), čl.14. st.2.

³⁹ ISENSEE, op.cit. (bilj.12), str. 94.

zakona, što znači da država jamči da kaznenopravno kažnjavanje neće ovisiti od samovolje sudova, nego će biti propisano zakonima⁴⁰. Građanima se jamči pravna sigurnost jer svatko može u svakom trenutku znati kakvo je ponašanje zabranjeno i kakvu sankciju može očekivati. U Ustavu Republike Hrvatske, načelo zakonitosti je oblikovano u čl.31. te čl.89. Ustava:

“Nitko ne može biti kažnjen za djelo koje prije nego je počinjeno nije bilo utvrđeno zakonom ili međunarodnim pravom kao kazneno djelo, niti mu se može izreći kazna koja nije bila određena zakonom. Ako zakon nakon počinjenog djela odredi blažu kaznu, odredit će se takva kazna.”

čl. 89. st. 4. i 5.:

“Zakoni i drugi propisi državnih tijela i tijela koja imaju javne ovlasti ne mogu imati povratno djelovanje.

Iz posebno opravdanih razloga samo pojedine odredbe zakona mogu imati povratno djelovanje.”

Uz elemente zahtjeva da zakon bude pisan (*nullum crimen sine lege scripta*) te zabrane analogije (*nullum crimen sine lege stricta*), ključni elementi načela zakonitosti su i zabrana povratnog djelovanja (*nullum crimen sine lege praevia*) te zahtjev jasnoće zakona (*nullum crimen sine lege certa*). Smatramo da prijedlog ustavne izmjene u sferi prepuštanja odluke samim sudovima o tome hoće li otvarati postupke za koje je već nastupila zastara krši zahtjev jasnoće. Naime, kao što definira prof. dr.sc. Novoselec: *Taj zahtjev (za jasnoćom zakona, op.a.) zapravo proizlazi iz trodiobe vlasti: ako su opisi kaznenih djela neodređeni, sudac zapravo odlučuje što je kažnjivo pa sudska vlast stupa na mjesto zakonodavne*⁴¹. U skladu s time, smatramo da je klub zastupnika učinio zbilja veliki propust dopustivši mogućnost da sud donosi odluku o tome tko će biti procesuiran u slučajevima nastupjele zastare. Situacija je time gora što kriteriji kojima bi se sud pri donošenju takve odluke trebao voditi također nisu propisani. Smatramo da ovakva ovlast briše jasnu granicu nadležnosti zakonodavne i sudske vlasti. Naime, *arg. a maiore ad minus*, ako sud ne može sam odlučivati o povećanju ili smanjenju perioda zastarijevanja, kako je moguće da može odlučivati o samom postojanju zastare?

Apsurd takve mogućnosti primjetio je još Locke u svojim raspravama o teoriji društvenog ugovora: *Stavljanje u ruke suca takve sile da može neograničeno arbitrarno ispoljavati samo vlastitu volju, stavilo bi ljude u gori položaj od onog kakav je bio u državi prirodnog prava, u kojoj su imali slobodu braniti svoja prava od povreda drugih i imali su jednake uvjete ostvarivanja te slobode ... (...) U tom slučaju, pretpostavljajući da su se prepustili samovolji arbitrarnog zakonodavca, oni su se razoružali i naoružali njega na način da može učiniti plijen od njih kada god poželi.*⁴²

Za pitanje udovoljenja uvjetu **pravne sigurnosti**, smatramo osobito važnim slučaj Kononov v. Latvija (predan *Grand Chamber*-u Suda 26.1.2009., te će presuda postati konačna u skladu s uvjetima iz Čl. 44. st.2. Konvencije)⁴³ u kojem je Sud utvrdio: *Kaznena djela i odgovarajuće kazne moraju biti jasno definirane zakonom (Achour v. France [GC], br. 67335/01, § 41, ECHR 2006 -...).* Ovom zahtjevu je udovoljeno kada je pojedinac u mo-

⁴⁰ P. NOVOSELEC: Opći dio kaznenog prava, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2006.

⁴¹ Ibid., str. 78.

⁴² U originalu: *...put a force into the magistrate's hand to execute his unlimited will arbitrarily upon them, this were to put themselves into a worst condition than the state of Nature, wherein they had a liberty to defend their rights against the injuries of others, and were upon equal terms of force to maintain it... (...) Whereas by supposing they have given up themselves to arbitrary power and will of a legislator, they have disarmed themselves, and armed him to make a prey of them when he pleases.*

J. LOCKE: The second treatise on civil government, Prometheus books, New York, 1986, Str.76.

⁴³ Br. 36376/04.

gućnosti odrediti iz same formulacije odredbe, odnosno, ako je potrebno, i uz pomoć sudskog tumačenje, koja će ga djela i propusti učiniti kazneno odgovornim (Cantoni v. France, § 29). Dakle, situacija u kojoj pojedinac ne može znati postoji li ili ne njegova kaznena odgovornost (čije je postojanje jedino uvjetovano arbitarnošću domaćeg suda) svakako ne udovoljava uvjetu jasnoće zakona. U slučaju pred mađarskim Ustavnim sudom (vidi infra: § 3.3.2.1.3.) naglašeno je:

Načelo pravne sigurnosti zahtijeva jasne i nedvosmislene formulacije pravnih pravila kako bi svi adresati mogli razumjeti vlastitu pravnu situaciju, te sukladno tome prilagoditi svoje odluke i ponašanja te moći predvidjeti pravne posljedice svojih djela. Pertinentan ovom zahtjevu jest zahtjev predvidljivosti ponašanja drugih pravnih subjekata, kao i same vlasti.

Ključna u ovom stavu je, dakle, ne samo činjenica da pravni propisi moraju dovoditi do predvidljivog rezultata, već i da *djelovanja javne vlasti* moraju biti predvidljiva.

U našem slučaju, s obzirom na to da nisu propisani nikakvi kriteriji pomoću kojih bi domaći sudovi odlučivali hoće li neki slučaj a za koji je nastupjela zastara ponovno otvarati ili ne, smatramo da ovom kriteriju nije udovoljeno.

Summa summarum, s obzirom na to da pojedinac ne može biti siguran je li u nekom trenutku on kazneno odgovoran ili nije te hoće li ili neće njegov slučaj biti otvoren, smatramo da nije udovoljeno uvjetima *legis certae*. Klub bi zastupnika, ako ostane pri svom prijedlogu uvođenja ustavne izmjene, svakako morao izmijeniti ovaj dio prijedloga.

Što se drugog važnog elementa načela zakonitosti za naš slučaj tiče, načela **zabrane retroaktivnosti**, smatramo potrebnim započeti sa eksplanacijom položaja ovog načela kroz odgovor na pitanje je li zastara, prema sudskoj praksi Republike Hrvatske, materijalni ili procesni institut. Naime, zabrana retroaktivnosti se odnosi samo na materijalne odredbe a ne na procesne, zbog čega je od ključne važnosti pitanje pravne prirode instituta. Tako se, primjerice, u komentaru izmjene belgijskog kaznenog zakona 1993. (u kojoj se na nacionalnoj razini ukinula zastara za ratne zločine, genocid te zločine protiv čovječnosti) u opravdanju retroaktivne primjene novog zakona nalazilo objašnjenje da je prema belgijskoj praksi institut zastare procesni institut⁴⁴.

Kako bismo odgovorili na pitanje pravne prirode instituta, u prvom je redu potrebno izdvojiti pravno shvaćanje sjednice Kaznenog odjela Vrhovnog suda Hrvatske od 9. studenog 1983. god. (VSH I KŽ-256/83): *Zastara nije nikakav privilegij za počinitelja, već institut donesen zbog oportuniteta pa se pitanje primjene blažeg zakona, u smislu čl. 4. st. 2. KZ SFRJ (sada čl. 3. st. 2. KZ-a⁴⁵) ne postavlja u odnosu na pitanje zastarijevanja. Prema tome, zastara se - apsolutna - ako po prijašnjem zakonu nije nastupila do časa odlučivanja, prosuđuje prema novom zakonu, i onda kad je novim zakonom produljen rok zastare, i onda kad bi zastara bila čak novim zakonom i posve ukinuta.* Stajalište je potvrđeno i odlukama VSRH KŽ-1340/60 te VSRH Kzz-5/98 (*...pitanje primjene blažeg zakona u pogledu zastare se ne postavlja...*) te u pravnom mišljenju Kaznenog odjela Vrhovnog suda donesenog na sjednici održanoj 10. studenog 2006. god (broj Su-IV-155/06-8), koje se čak *expressis verbis* poziva na ono iz 1983.

Zanimljivo je da ovakvo stajalište ponekad u sudskoj praksi nije poštivano, pa tako Županijski sud u Zagrebu svojom odlukom KŽ-1058/00 potvrđuje odluku prvostupanjskog suda i obrazlaže: „Pravilan je zaključak prvostupanjskog suda da i rokove zastare treba

⁴⁴ Prema: http://www.law.kuleuven.be/jura/art/37n2/lemaitre.htm#N_75_; 3. veljače 2010.

Drugi razlog što ovakva zakonodavna izmjena nije bila prepoznata kao kršenje zabrane retroaktivnosti je i to što su propisana kaznena djela već bila *kaznjiva prema općim pravnim načelima priznatim od civiliziranih naroda* (vidi: EKLJP, čl.7. st.2.)

⁴⁵ KZ, čl.3. st. 2. : „Ako se nakon počinjenja kaznenog djela zakon jedanput ili više puta izmijeni, obvezno će se primijeniti zakon koji je blaži za počinitelja.“

*prosudivati sukladno odredbi čl.3. KZ-a (...). Isto tako, novi je Zakon blaži i u pitanju zastare jer su, zbog propisane kazne iz čl.224.st.1. i 4. KZ skraćeni i zastarni rokovi.“*⁴⁶

Vrlo je složeno pitanje treba li se ili ne postavljati pitanje primjene blažeg zakona u pogledu zastare. Ne slažemo se sa argumentima koje iznose Bačić⁴⁷, S. Katušić-Jergović⁴⁸ i drugi da ne postoji nikakvo subjektivno pravo počinitelja da protekom vremena ne bude kažnjen, i stoga on ne može *računati* na zastaru. Neupitno je, naime, da postoji pravo na pravnu sigurnost i isto tako da u trenutku kada država zakaže s, od strane cijeloga joj društva povjerenom, obvezom kažnjavanja počinitelja kaznenih djela, ne može svoje propuste nadoknađivati na uštrb prava pojedinaca, ma koliko se to na prvi pogled *pravednim* činilo. Ovakav stav iskazuje i mađarski Ustavni sud u citiranoj presudi (vidi infra: § 3.3.2.1.3.)

3.3.2.1. Zabrana retroaktivnosti u međunarodnim instrumentima

Načelo zabrane retroaktivne primjene zakona propisano je u brojnim međunarodnim instrumentima, od čega najvažnijima smatramo **Europsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, čl.7. st.1.:**

1. Nitko ne može biti proglašen krivim za kazneno djelo počinjeno činom ili propustom koji, u času počinjenja, po unutarnjem ili po međunarodnom pravu nisu bili predviđeni kao kazneno djelo. Isto se tako ne može odrediti teža kazna od one koja je bila primjenjiva u času kad je kazneno djelo počinjeno.

2. Ovaj članak ne priječi suđenje ili kažnjavanje bilo koje osobe za neki čin ili propust koji je u času počinjenja predstavljao kazneno djelo u skladu s općim načelima prava priznatim od civiliziranih naroda;

te **Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima i slobodama, čl.15.st.1.:**

1. Nitko ne smije biti proglašen krivim za kazneno djelo počinjeno činom ili propustom koji, po domaćem ili međunarodnom pravu u času počinjenja nije bio predviđen kao kazneno djelo. Ne smije se odrediti ni teža kazna od one koja je bila primjenjiva u času kad je kazneno djelo počinjeno. Ako se nakon počinjenja kaznenog djela donese zakon kojim se određuje blaža kazna, počinitelj smije koristiti tu povlasticu.

Iako ne postoji pravna vezanost hrvatskih sudova za izražena stajališta ostalih, uključno i stranih, sudova⁴⁹, zbog snage pravne argumentacije i izrazito vrijedne pravne logike, odlučile smo citirati te komentirati i neke od odluka najviših sudova stranih država. U prvom je redu tu svakako praksa Europskog suda za ljudska prava (vidi infra §3.3.2.1.1.), no njoj pridodajemo i odluku američkog Vrhovnog suda u predmetu *Stogner v. California* (infra: § 3.3.2.1.2.) te odluku mađarskog Ustavnog suda prilikom ocjene ustavnosti Akta IV iz 1992. (vidi infra: §3.3.2.1.3.).

3.3.2.1.1. Praksa Europskog suda za ljudska prava

Članak 7. Europske konvencije o ljudskim pravima i temeljnim slobodama temeljni je element *vladavine prava*. Njegov smisao leži u zahtjevu da svako kazneno djelo i pripadajuća kazna budu propisani zakonom te da, u skladu s time, pojedinac sa sigurnošću (ako je potrebno, uz pomoć pravnog pomoćnika) može znati koje ga radnje ili propusti mogu

⁴⁶ Komentar presude preuzet prema S. KATUŠIĆ JERGOVIĆ: Zastara, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, 2/2006, vol.13, str. 523.-549.

⁴⁷ F. BAČIĆ: Kazneno pravo, opći dio, Informator, Zagreb, 1998.

⁴⁸ KATUŠIĆ-JERGOVIĆ, op.cit. (bilj. 46), str. 526.

⁴⁹ Uz iznimke (obvezne odluke drugostupanjskih vijeća pojedenih sudova te institut revizije).

učiniti kazneno odgovornim⁵⁰. Svrha je za pojedinca *da mu se omogući djelotvorna zaštita od arbitrarnog postupanja, osuđivanja i kažnjavanja*.⁵¹

Članak 7. Nema kazne bez zakona⁵²

1. Nitko ne može biti proglašen krivim za kazneno djelo počinjeno činom ili propustom koji, u času počinjenja, po unutrašnjem ili po međunarodnom pravu nisu bili predviđeni kao kazneno djelo. Isto se tako ne može odrediti teža kazna od one koja je bila primjenjiva u času kad je kazneno djelo počinjeno.

2. Ovaj članak ne priječi suđenje ili kažnjavanje bilo koje osobe za neki čin ili propust koji je u času počinjenja predstavljao kazneno djelo u skladu s općim načelima prava priznatim od civiliziranih naroda.

Za primjenu čl. 7 od ključne je važnosti pitanje je li institut zastare institut materijalnog ili procesnog prava., kao što je Sud ustvrdio u predmetu *Le Petit v UK*⁵³ rekavši da nije kršenje čl. 7 retroaktivno primjenjivanje instituta zastare, iz razloga što postupovna pravila generalno imaju automatsku primjenu u nacionalnim zakonodavstvima (*tempus regit actum* načelo). U presudi *G v France*⁵⁴ rečeno je da se *Članak 7. primjenjuje kada postoji izmjena materijalnog prava koja se retroaktivno primjenjuje na štetu optuženog*.

Za pravilno shvaćanje pravnih stajališta Suda ključno je naglasiti činjenicu da Sud strogo razlikuje pojam *kazne* od pojma *izvršenja kazne*, te tako primjerice smatra da ne može biti govora o kršenju čl. 7 kada se radi o zakonodavnoj promjeni uređenja uvjetne kazne, jer se sama kazna i dalje nije promijenila⁵⁵: *Međutim, u pogledu činjenice da je posljedica izmjene zakona o zatvorima ta da podnositelj zahtjeva, kao zatvorenik osuđen na doživotnu kaznu, više nema pravo na uvjetno izvršenje kazne, Sud primjećuje da se ovo pitanje odnosi na izvršenje kazne što nije jednako kazni koja ostaje doživotni zatvor. Iako promjene u zakonodavstvu i uvjetima puštanja na slobodu kaznu okrivljeniku jesu učinile u stvarnosti oštrijom, te promjene ne mogu se tumačiti kao nametanje teže kazne od one koju je odredio prvostupajni sud. U vezi s time, Sud će ponoviti da pitanja vezana za uvjetnu kaznu, način njena propisivanja te pravni ratio iza njih spadaju u polje uređenja država članica*.

Očito je da ovakvo shvaćanje Suda ide u prilog stajalištima predlagača ustavne izmjene - klubu zastupnika i Vladi - te njihovoj argumentaciji o opravdanosti retroaktivne primjene norme koja ne dira direktno u samu propisanu kaznu, već samo u njeno izvršenje.

Ipak, ako malo dublje uđemo u temu vidjet ćemo da sve nije toliko jednoobrazno. Naime, u predmetu *Achour v Francuska*⁵⁶ iz 2006. Sud je ustvrdio da retroaktivna primjena odredbe koja udvostručuje kaznu zatvora koja se može izreći nije kršenje čl. 7 Konvencije jer takvo normiranje zakonodavca te protezanje norme na djela počinjena prethodno stupanju na snagu akta jest bilo *foreseeable* za počinitelja: *Sud nadalje primjećuje da postoji ustaljena praksa Kasacijskog suda o pitanju može li se novi zakon o povećanoj kazni za*

⁵⁰ U predmetu *Kafkaris v Cyprus*, u originalu: *An individual must know from the wording of the relevant provision and, if need be, with the assistance of the courts' interpretation of it, what acts and omissions will make him criminally liable and what penalty will be imposed for the act committed and/or omission. Furthermore, a law may still satisfy the requirement of "foreseeability" where the person concerned has to take appropriate legal advice to assess, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail. Kafkaris v Cyprus*, (Br. 21906/04); 12.2.2008.

⁵¹ *Streletz, Kessler i Krenz v Germany* (Br. 34044/96 ; 35532/97 ; 44801/98); 22.03.2001.

⁵² Tekst Konvencije preuzet sa: <http://www.echr.coe.int> ; 10. travnja 2010.

⁵³ *Le Petit v UK*, (Br. 35574/97) ; 15.9.2004.

⁵⁴ *G v France* A 325-B (1995.); 21 EHRR 288.

⁵⁵ *Kafkaris v Cyprus*, (Br. 21906/04); 12.2.2008.

Ovaj je stav prethodno Sud izrekao u predmetu *P.H. v United Kingdom* (Br. 11653/85); 3.3.1986.

⁵⁶ *Achour v France*, u sastavu Grand Chamber, (Br. 67335/01); 29.03.2006.

recidiviste primijeniti na djela počinjena nakon njegova stupanja na snagu. Kazneni odjel Kasacijskog suda - što aplikant nije osporio - je imao jasan i dosljedan stav o navedenom od kraja devetnaestog stoljeća u smislu da, kada zakon uvodi nova pravila o recidivizmu, za primjenu takvog zakona na počinitelja je dovoljno da je on počinio novo djelo (element recidivizma) nakon stupanja na snagu novog zakona. Takva sudska praksa je očigledno omogućila podnositelju zahtjeva da zna kako će biti ocijenjeno njegovo ponašanje.

Dakle, Sud je smatrao da iako je novi zakon promijenio propisanu kaznu (što svakako spada u elemente zakonitosti iz čl. 7. st. 1.), i to dvostruko naviše, to samo po sebi nije kršenje načela zabrane retroaktivnosti ako je ponašanje tog tipa moglo biti predvidljivo za počinitelja. Primijenimo li jednak kriterij na situaciju Republike Hrvatske *arg. a maiore ad minus* (ako se može povećati kazna, svakako se može povećati i propisano razdoblje za izvršenje kazne), vidimo da jednako opravdanje nije primjenjivo. Naime, jasno je da Hrvatska ne samo da nema dugo utvrđivanu praksu ponašanja sudova u *ovakvim postupcima* (uvođenje nezastarijevanja te retroaktivna primjena uvedenog prvi su u povijesti RH⁵⁷) nego zasigurno nema *jasnu i konstantnu praksu koja datira iz 19. st.* koja je bila odlučna prevaga u ovom slučaju.

Presuda koju također želimo istaknuti, s jedne strane zbog njezine aktualnosti (datira iz 2009. i još uvijek nije konačna), a s druge zbog njene drugačije argumentacije no one dosadašnjih presuda je svakako i presuda *Kononov v Latvija*⁵⁸. Činjenično stanje ove presude govori o primjeni propisa međunarodnog i nacionalnog zakonodavstva u sferi uređenja ratnih zločina na počinitelja tog kaznenog djela iz 27. svibnja 1944. Država je smatrala da je takvo djelo bilo kažnjivo prema općim pravnim načelima prihvaćenim od civiliziranih naroda, te da je stoga mogla i na njega protegnuti ukidanje zastarnih rokova što se učinilo zakonodavnim aktom iz 1961. Sud je, međutim, utvrdio da: *U svjetlu naprijed navedenog, Sud smatra da podnositelj zahtjeva nije mogao razumno predvidjeti 27. svibnja 1944., da će se njegova djela smatrati ratnim zločinima, s obzirom na pravila ratnog prava koja su tada bila na snazi. Dakle, nema vjerodostojnog pravnog temelja u međunarodnom pravu da bi ga se osudilo za takvo kazneno djelo. Čak i pretpostavljajući da je podnositelj zahtjeva počinio jedno ili više kaznenih djela inkriminiranih domaćim pravom, njihovo procesuiranje je odavno postalo nemoguće zbog nastupjele zastare. U skladu s tim, niti domaći zakon ne bi mogao poslužiti kao osnova za njegovu osudu.*

Dakle, nakon što je prvotno otklonio mogućnost primjene međunarodnog prava, Sud je odlučio i da se drugačiji zastarni rokovi ne mogu primijeniti retroaktivno jer je za počinitelja već nastupila zastara: *Vlada je razmatrala primjenjivost zastare te pritom koristila primjer Kaznenog zakona iz 1961., koji je protegnuo neprimjenjivost zastarnih rokova na sva djela s propisanom smrtnom kaznom. Spomenuti Zakon je usvojen 1961., a do tada je procesuiranje kaznenih djela koje je podnositelj zahtjeva navodno počinio, prema prethodnom zakonu, zastarijevalo za 7 godina. Iako je istina da je člankom 45. Zakona iz 1961. propisano da zastara nije automatski primjenjiva na djela s propisanom smrtnom kaznom (vidi § 52 iznad), on ne sadrži nikakvu klauzulu o retroaktivnosti koja omogućuje da se spomenuta iznimka primjenjuje na kaznena djela počinjena u prošlosti ili da dovode u pitanje zastaru koja je već nastupila. Podnositelj zahtjeva nije mogao, dakle, predvidjeti mogućnost kaznenog progona za ona kaznena djela čiji je progon već zastario, bilo da je to propisano zakonom iz 1961., ili nekim kasnijim. Dakle, Sud je ponovno primijenio kriterij predvidljivosti iskazan u Achouru i na njemu temeljio svoj stav da nepredvidljivi ishodi svakako ne mogu biti opravdani.*

⁵⁷ S obzirom na to da proklamiranje genocida, ratnih zločina i zločina protiv čovječnosti nezastarivima ne smatramo konstitutivnim, već tek deklaratornim utvrđenjem, te stoga irelevantnim za ovaj slijed.

⁵⁸ Predana *Grand Chamber*-u Suda 26.1.2009., te će presuda postati konačna u skladu s uvjetima iz Čl. 44. st.2. Konvencije; (Br. 36376/04).

Ipak, najjasnije je svoj stav Sud sistemski zaokružio i izrazio u paragrafu 144.: *Istina, Sud je izrazio u prethodnim slučajevima da članak 7. Konvencije ne zabranjuje produljenje zastarnih rokova na temelju automatske primjene procesnog prava za određena kaznena djela koja još nisu zastarijela. (Coëme i drugi, § 149). Međutim, tamo gdje se radi o kaznenim djelima prema materijalnom pravu, ta odredba u načelu sprječava otvaranje mogućnosti kažnjavanja počinitelja za djela koja više nisu kažnjiva jer je nastupila zastara. Jasno je iz Vladine tvrdnje da je upravo to ono što se dogodilo u ovome slučaju. U vezi s time, Sud ponavlja da zastarni rokovi, koji su zajednička značajka domaćih pravnih sustava država ugovornica, imaju višestruku svrhu, između ostalog štite pravnu sigurnost i konačnost te sprječavaju kršenje prava okrivljenika, koja bi mogla biti ugrožena ako su sudovi dužni odlučiti na temelju dokaza koji bi mogli biti nepotpuni zbog protoka vremena.*

Zaključujemo stoga da je situacija već nastupjele zastare uvelike drugačija od situacije kada zastara još teče (te se zastara smatra procesnopравnim institutom čije su zakonodavne izmjene primjenjive odmah) iz razloga što je za takva djela već nastupila nemogućnost kažnjavanja jer su podvedeni pod zastarni rok. Jednak stav je imao i mađarski Ustavni sud o čemu će više biti riječi kasnije (vidi infra: §3.3.2.1.3.). Uz to je jasno istaknuta svrha ovakvog gledanja na stvari, koja nije samo očuvanje pravne sigurnosti već i očuvanje prava okrivljenog na suđenje u kojem on neće biti izložen nepravičnom postupanju zbog nedostatnosti i manjkavosti dokaza.

Smatramo da su ovakva gledišta primjenjiva i na primjer Republike Hrvatske te da stoga valja biti dodatno oprezan pri ulasku u ustavne izmjene koje će možebitno završiti negativnom ocjenom sa stajališta zaštite ljudskih prava strasburške instance.

3.3.2.1.2. Praksa američkog Vrhovnog suda

Ustav Sjedinjenih Američkih Država sadrži dvostruku zabranu retroaktivne primjene zakona: s jedne strane se, u čl. 1., dijelu 9. Ustava, brani federalnoj vladi (Kongresu) da donosi *ex post facto* zakone, dok se s druge strane u čl. 1. dijelu 10. istu zabranu stavlja pred same države. Ovakav dvostruki tip zabrane koji se donosi za obje razine relativno je rijedak tip uređivanja, što dodatno svjedoči o njegovoj suštinskoj važnosti. Detaljniju razradu zabrane retroaktivne primjene zakona Sud je dao u odluci *Calder v. Bull* iz 1798., u kojoj je utvrđeno da zakonodavac ne smije: kriminalizirati novo djelo kao kazneno ako nije predstavljalo kazneno djelo u trenutku u kojem je počinjeno (1); *pooštriti* zločin tako da ga učini ozbiljnijim no što je bio u trenutku kada je počinjen (2); *pooštriti* kaznu tako da bude viša no što je bila u trenutku počinjenja (3); izmijeniti dokazne norme na način da postizanje osuđujuće presude bude tužitelju olakšano (4).

Dvjesto i pet godina poslije, u slučaju *Stogner v. California*⁵⁹ Vrhovni sud je donio odluku da kalifornijsko zakonsko povećanje roka zastarijevanja koje je primijenjeno retroaktivno na kazneno djelo za koje je već nastupila zastara predstavlja povredu *ex post facto* klauzule.

Prije no što uđemo dublje u eksplanaciju ovog principijelno važnog slučaja, smatramo potrebnim naglasiti da američka jurisprudencija⁶⁰ ne smatra prijemnim primjenjivanje

⁵⁹ Slučaj je citiran prema bazi američkog case law-a: Internet, <http://caselaw.lp.findlaw.com> ; 1.travnja 2010.

⁶⁰ Primjerice, u sudskoj praksi: *Falter v. US* (1928.): *Svakako nije ista stvar produljiti mogućnost kaznenog progona te ponovno oživjeti jednom već ugašenu mogućnost kaznenog progona. (Certainly it is one thing to revive a prosecution already dead, and another to give it a longer lease of life.)*

U predmetu *US v. Roselli*, (1993). Je utvrđeno: *Gdje zakon produljuje period zastarijevanja, takvo se produljenje primjenjuje na kaznena djela za koja zastara nije već nastupila, tako da se progon može izvršiti u bilo kojem trenutku nanova uspostavljenog perioda za nezastarijela djela. (Where a statute extends the period of limitations,*

produženog zastarnog roka na kaznena djela za koja zastara još teče, već je problem bio isključivo baziran na činjenici da je u slučaju gosp. Stognera zastara već nastupila. Zanimljivo je obrazloženje iz predmeta *Moore v. State*⁶¹ u kojem je Sud utvrdio protuustavnim primjenjivanje novog, produženog zastarnog roka (s dvije na pet godina) na slučaj u kojem je zastara već nastupila: *Zakon o kojem govorimo je nepravedan, jer pretvara Moore-a u kriminalca u trenutku kad on više nije kazneno odgovoran*.⁶² Sličnu logiku će pokazati i mađarski Ustavni sud (vidi: infra §3.3.2.1.3.).

No od svih citiranih predmeta daleko je najveću ulogu odigrao predmet *Stogner v. USA*. Naime, 1993. godine je California uvela u *Californian Penal Code* dio 803 (g) sa specifičnom zastarom za kaznena djela spolnog zlostavljanja djece sljedeće: postupak se protiv osumnjičenih mogao pokrenuti u roku godine dana od kada je zločin prvi put prijavljen policiji. Dakle, iako je žrtva sa prijavom došla, primjerice, tek nakon 30 godina od samog počinjenja zločina, procesuiranje je još uvijek bilo moguće. Zanimljivo je da su domaći sudovi pokazali skeptičnost prema ovakvoj retroaktivnoj primjeni, zbog čega je 1997. morala biti dodana klauzula koja je *expressis verbis* istaknula da se ovaj zakon treba primijeniti i na one slučajeve *nastale prije ili na dan prvog siječnja 1994*. Ovakva je intervencija učinila jasnom intenciju zakonodavca da nova pravila primjeni retroaktivno na sve počinitelje spolnih delikata nad djecom, čak i ako je zastara već nastupila. Objašnjenje zakonodavaca uz zakonsku izmjenu odnosilo se na to da je od ključne važnosti izbjeći dvostruku viktimizaciju: ne samo prilikom samog kaznenog djela, nego i sada, kada se tortura ponavlja jer ne postoji mogućnost da se počinitelj dovede pred lice pravde.

Godine 1998. je Marion Stogner, tada 70-godišnji starac, okrivljen za počinjenje spolnog zlostavljanja svojih dviju kćeri, što se prema njihovim navodima odvijalo u periodu 1955.-1973. U trenutku kada je zločin počinjen, zastarni rok je iznosio 3 godine. Stogner se žalio na ovom temelju, no *Court of Appeal* je odbio njegovu žalbu. Stogner se potom žalio američkom *Supreme Court*-u, koji je utvrdio da: *Zakon donesen nakon isteka ranije važećeg zastarnog roka krši ex post facto klauzulu u slučaju kada se odnosi na oživljavanje prethodno zabranjenog gonjenja zbog proteka vremena*⁶³.

Zanimljivo je primijetiti da je branitelj R. Najera prvotno argumentirao nedopustivost ovakve izmjene sa razlogom drugačijim od onog koji je na kraju prihvaćen: smatrao je da je ovakvo normiranje kategorija (2) iz slučaja *Calder v. Bull* – nedopušteno olakšavanje dokazivanja, no suci ovu argumentaciju nisu prihvatili⁶⁴, početno uzvraćajući da njegove tvrdnje ne spadaju niti pod jednu kategoriju navedenu u presudi iz 1798. Sudac Stephen G. Breyer je, međutim, ponudio alternativni slijed pravne logike smatrajući da je ova situacija očito *pooštravanje zločina*, jer *ako se takav zločin prethodno moglo procesuirati samo u*

the extension applies to offenses not barred at the time of the passage of the act, so that prosecution may be commenced at any time within the newly established period.

Zakonodavni primjer: *State of Minnesota* prema kaznenopravnim odredbama iz kolovoza 2000. nema zastaru za kaznena djela otmice; trgovanja ljudima ako je žrtva mlađa od 18.god. te za prvestupanjsko, drugostupanjsko i trećestupanjsko djelo spolnog delikta, kao ni za bilo koji zločin koji je rezultirao smrću žrtve. Međutim, ove se odredbe primjenjuju samo na situacije nastale nakon 1. kolovoza 2000. (kada je zakon stupio na snagu) ili situacije nastale prije za koje još nije nastupila zastara.

⁶¹ *Moore v. USA*, 1977. Puni tekst preuzet sa: <http://supreme.justia.com/us/434/220/case.html> ; 11. veljače 2010.

⁶² U originalu: *The statute at issue is unjust because it is making Moore a criminal when he could not face a criminal liability*

⁶³ U originalu: *A law enacted after expiration of a previously applicable limitations period violates the Ex post facto Clause when it applies to revive a previously time-barred prosecution*

Izvor: puni tekst presude sa: Internet, <http://caselaw.lp.findlaw.com> , 3. travnja 2010.

⁶⁴ Sutkinja Sandra Day O'Connor je na ovaj argument odgovorila da „*Defender is obviously trying to shuehorn his arguments into the evidence category*“. Prema: www.nytimes.com , 3. travnja 2010.

okviru tri godine, očito se njegova ozbiljnost povećala sa mogućnošću da ga se procesuirao kroz pedeset godina⁶⁵.

Iako oštro podijeljeni pri samom glasovanju, u svojoj konačnoj odluci suci su zajednički ustanovili da ovdje *ex post facto* klauzula jest prekršena, te da je njen smisao onemogućavanja vlade da donosi zakone koji bi imali *očigledno nepravedno i tiransko povratno djelovanje*⁶⁶ ovdje također bio u pitanju.

Citirajući presude *Carmell v. Texas* te *Weaver v. Graham*, Sud je ponovio da *Zastara jest... amnestija, prema kojoj je nakon određenog vremena... počinitelj slobodan vratiti se u svoju zemlju... i... mogu se prestati čuvati dokazi njegove nevinosti*.

U zaključku je naglašeno slijedeće: *Slazemo se da je državni interes u procesuiranju slučajeva zlostavljanja djeteta važan. No, tu je i dominantna ustavna zabrana državi da oživi dugo zabranjeno gonjenje*.

3.3.2.3. Praksa mađarskog Ustavnog suda

Predsjednik Mađarske Göncz Árpád je 16. studenog 1991. godine podnio prijedlog za ocjenu ustavnosti *Akta IV. o kažnjavanju počinitelja ozbiljnih kaznenih djela koji nisu kažnjeni zbog političkih razloga*⁶⁷ koji je odbio promulgirati iako ga je parlament izglasao. Spomenuti Akt je normirao ponovni početak tijeka zastarijevanja za zločine *izdaje, ubojstva te teške tjelesne ozljede sa smrtnom posljedicom* počinjene između 21. prosinca 1944. te 2. svibnja 1990., a koji pravovremeno nisu bili procesuirani *iz političkih razloga*. Predsjednik Árpád je tražio da se utvrdi da ovakva formulacija odredbe ne udovoljava kriterijima pravne sigurnosti (zakon nije *lex certa*) te da je sama ideja ponovnog otvaranja takvih procesa protuustavna i suprotna ideji pravne države.

Ustavni sud je donio odluku kojom je jasno definirao zašto se ponovno otvaranje predmeta za koje je zastara već nastupila ili produljenje perioda zastarijevanja za zločine za koje zastarijevanje još teče sukobljava sa ustavnim načelima zakonitosti, pravne sigurnosti te zabrane retroaktivnosti. Također je istaknuo da je sam Akt protuustavan i iz razloga što ne udovoljava zahtjevu *lex certa*.

Odgovor Suda predstaviti ćemo u dva dijela: **(a)** *lex certa* te **(b)** protuustavnost ponovnog procesuiranja.

Ad (a) Lex certa. Sud je smatrao da odredba nije udovoljila kriterijima *forseeability* te *expectability* i time prekršila pravo na pravnu sigurnost na temelju dvije činjenice. Prva je ta da razlozi neprocesuiranja označeni kao *politički razlozi* nisu dovoljno jasni te da stoga adresat norme nije mogao znati kakav će se kriterij primijeniti i kakav će ishod primjene biti: *Pravna sigurnost zahtijeva jasnu i nedvosmislenu formulaciju pravnih pravila tako da svi obuhvaćeni njima mogu razumjeti svoju pravnu situaciju te sukladno njoj prilagoditi svoje odluke i ponašanje te da mogu predvidjeti pravne posljedice svojih djela. Dodatak ovom zahtjevu jest zahtjev predvidljivosti ponašanja drugih pravnih subjekata, kao i same vlasti*.

Druga je ključna činjenica ta da sama definicija kaznenih djela koja će biti procesuirana nije dovoljno jasna, jer se *izdaja države* kao kazneno djelo uvijek tumači u ovisnosti o trenutnoj konstelaciji političkih sila te stoga retroaktivna procjena nekog djelovanja kao političkog nije dopuštena. Takva procjena po prirodi stvari neće biti sadržajno identična onoj koja

⁶⁵ Prema: CORY A. IANACONE: *Stogner v. California*: U.S. Supreme Court rewrites more than 200 years of case law interpreting the ex post facto clause, Widener University School of Law Journal, 2004. Članak preuzet sa: <https://litigation-essentials.lexisnexis.com>, 8. travnja 2010.

⁶⁶ U originalu : *manifestly unjust and oppressive retroactive effect* Izvor: Ibid.

⁶⁷ Preuzeto sa službenih stranica mađarskog Ustavnog suda: <http://www.mkab.hu>; 3. veljače 2010. Citirana odluka je broj 11/1992, od 5. ožujka 1992.; citirana prema: http://www.mkab.hu/admin/data/file/736_11_1992.pdf; 7. veljače 2010.

joj je vremenski prethodila te je moguće da se pod ovako široku definiciju podvedu razna djela neprocesuirana iz raznih razloga. Citiramo:

Izdaja je zločin protiv države. Vrijednost zaštićena u ovoj kategoriji mijenja se s promjenama u političkim sustavima, preuzimajući tako formalne i tekstualne sličnosti, bez obzira na različita značenja, te se izdaju tretira različito u različitim političkim sustavima. Neuspjeh kazneno goniti čin izdaje iz "političkih razloga", tipična je *ex post facto* klasifikacija, i predstavlja retroaktivno određivanje pravnih činjenica. Pojedini aspekti onoga što danas podrazumijevamo pod pojmom izdaje nisu bili smatrani takvima u vrijeme njihova počinjenja te nisu bili procesuirani.

Ad (b): Protuustavnost ponovnog otvaranja procesa. Za razliku od američkog Vrhovnog suda, mađarski Ustavni sud je u svojoj odluci jasno istaknuo da su i primjena propisa na osobe kojima je zastarni rok već istekao i primjena propisa na osobe kojima zastarijevanje još uvijek teče jednako protuustavne. Smatra da se postupanje prema Aktu IV. direktno sukobljava sa načelom **zabrane retroaktivnosti** te da je neupitno da ono predstavlja *veći i omraženiji teret* za počinitelja. Sud također povlači paralelu između instituta mirovanja zastare i ovakve odredbe te ističe da ako nije dopušteno retroaktivno propisati okolnost na temelju koje je zastara trebala mirovati (odnosno, mirovala), već se takvo mirovanje može bazirati samo na tada postojećoj i tada normativno uređenoj činjenici, jasno je da se niti ukidanje zastare ne može propisati unatrag.

U svom daljnjem rezoniranju, Sud ističe da je glavni razlog neustavnosti ovakve odredbe taj što je optuženik **protekom vremena stekao ustavno pravo ne biti kažnjen** za svoje djelo. Citiramo: *Protekom zastarnog roka kaznena odgovornost počinitelja neopozivo je ugašena te je isti stekao pravo da ne bude kažnjen, s obzirom da država nije uspjela kazniti ga u roku propisanom za obavljanje svojih kaznenih ovlasti. Nije bilo važno koja je metoda korištena za ponovnu mogućnost kažnjavanja (da li je zastara počela iznova teći ili je nametnuto ex post facto djelovanje o obustavi zastare) jer njihova ustavnost treba biti promatrana u istom svjetlu kao zakon koji retroaktivno nameće kazne za ponašanje koje je u vrijeme počinjenja djela ne predstavlja kazneno djelo.*

Nekoliko paragrafa nakon citiranog Sud povezuje ovo pravo optuženika sa **pravnom sigurnošću**, rekavši da je jedan od njenih aspekata svakako i **zaštita stečenih prava**: *Protekom zastare (...) počinitelj stječe pravo ne biti procesuiran. (...) Ovo zakonsko pravo započinje u trenutku kada pravo države na kažnjavanje prestane postojati zbog nemogućnosti da uhvati i kazni počinitelja u vremenu propisanom za obavljanje njezinih kaznenih ovlasti. Povjerenje u zakon bezuvjetno zahtijeva da jednom kad se ispuni uvjet za gašenje kažnjivosti ne bude moguće donositi novi propis koji bi konkretno kazneno djelo učinio ponovno kažnjivim.*

Uz navedene argumente Sud podsjeća da kazneno pravo nije institut koji služi svrsi *moralnog čišćenja*, već da je ono pravni temelj države iz kojeg ona vuče svoje pravo da kažnjava, ali i štiti fundamentalna prava i slobode svih. U skladu s time, ne može se jednom kad je sama efikasnost državnog aparata zakazala iz razloga morala anulirati prava drugih (pa tako ni stečeno pravo *ne biti kažnjen*).

Summa summarum, mađarski Ustavni sud nudi niz kvalitetnih pravnih argumenata u prilog stavu o neustavnosti retroaktivne primjene propisa na osobe kojima je već nastupila (ili će nastupiti) zastara, a za koje smatramo da se mogu protegnuti i na aktualni primjer Republike Hrvatske: primjena nove odredbe na slučajeve koji su se dogodili prije njenog donošenja predstavlja postupanje suprotno načelu zakonitosti u sferi zabrane retroaktivnog postupanja te jasnoće zakona, ono direktno krši pravo pojedinca da ne bude kažnjen (koje je on stekao tijekom perioda u kojem država nije intervenirala) te ne postoji mogućnost opravdavanja ovakvog postupka moralnim razlozima, jer očuvanje morala neovisno o stečenim pravima nije svrha ustavnog kaznenog prava.

4. Praktične implikacije

U smislu R. Smenda Ustav je *poticaj i zapreka*, on je i *norma i zadaća*⁶⁸. Stoga kada govorimo o praktičnim implikacijama prijedloga ustavnih izmjena, moramo imati na umu što će takva izmjena *potaknuti*, odnosno kakav će ona *učinak* imati, kao i pitanje hoće li ona moći *ostvariti svoju zadaću* ili će ostati na razini idealne norme bez implementacijske mogućnosti.

Imajući na umu ove ključne elemente, u nastavku ćemo razložiti kakve posljedice očekujemo od provođenja prijedloga, odnosno, hoće li u realnosti moći ostvariti svrhu koja mu je idealno bila dodijeljena. Također ćemo razmotriti potencijalne prepreke ostvarivosti svrhe odredbe.

Komparativno promatrajući, sve su zemlje koje su u novije vrijeme uvele (ili trenutno uvode) zastaru tako učinile temeljem jasnog dokaza u prilog tvrdnji da će produljenje zastare ujedno omogućiti i procesuiranje koje se prije toga izbjeglo. Tako je, primjerice, Amerika dopustila nove odredbe o zastari u pogledu spolnih delikata nad djecom imajući na umu da će dokazi biti dostupni tek kada žrtva stekne hrabrost da pristupi policiji i prijavi zlostavljača, a u skladu s time i zastarni rok počinje teći tek od prijave počinitelja policiji. Japan je slijedio istu logiku smatrajući da veća mogućnost procesuiranja proizlazi iz bolje tehnologije, odnosno, mogućnosti korištenja DNA analize u dokazivanju. Švedska se također koristila jednakim opravdanjem u svom postupku ukidanja zastare za ubojstvo.

Ono što kroz sve ove primjere želimo istaknuti jest da sama potreba naroda za *pravdom* nije dovoljan argument za ukidanje zastare ako ujedno nema i vjerojatnosti da će se nepravda u procesu moći ispraviti - dakle, da će osobama na temelju dostatnih dokaza koji su u međuvremenu postali dostupni (svjedočenja žrtava i DNA analize) moći suditi i donijeti meritorna odluka.

U našem slučaju predlažaći ni na koji način nisu pokazali zbog čega smatraju da će ukidanje zastare promijeniti nastalu nepravdu, odnosno, zbog čega smatraju da sada, a za razliku od situacije prije 10 godina, postoje uvjeti da osobe koje su počinile nezakonite radnje budu procesuirane. Novi dokazi nisu nastali, spremnost svjedoka da istupi se ne čini ni po čemu drugačijom no što je bila prije (dapače, vjerojatnije je da su oštećeni prije bili spremniji svjedočiti, u skladu sa ljudskom naravi koja reagira na nepravdu automatskom željom da je razriješi, dok se s vremenom smanjuje bunt i pojačava rezignacija) te je sudstvo gotovo potpuno jednake kvalitete i efikasnosti kao što je i bilo (nikakve velike kadrovske izmjene od tada nisu učinjene).

Također smatramo vrlo upitnim stavljanje zadatka izravne primjene ustavne norme na pleća domaćih sudaca. Unatoč pritisku Europske unije, čini nam se da domaći suci još uvijek nisu pokazali dovoljnu razinu spremnosti za ovakvu inicijativu. Tome u prilog govori i malen broj korištenja instituta *exceptio illegalitatis*. Kao što je ustvrdio i B. Smerdel: *Usprkos odredbi čl. 117. st. 3. ustava prema kojoj „sudovi sude na temelju Ustava i zakona“, imamo krajnje rijetke primjere izravne primjene ustavnih normi pred sudovima, te je još uvijek nazočno stajalište da se Ustav izravno primjenjuje samo u izuzetnim stučajevima*. Imajući na umu ovakvu realnost, smatramo da je potrebno revidirati mehanizam implementacije proklamirane pravne promjene.

Pravilno ističe B. Smerdel naglasivši da se *ustavni tekst ne može sam od sebe ostvariti, niti to ostvarivanje može ovisiti o dobroj volji i etičnosti nositelja državne vlasti*⁶⁹.

Summa summarum, iako ideja uvođenja reda i pravde u društvo zvuči privlačno svakome, bez konkretnog mehanizma i plana kako se takav cilj može postići prijedlog ukidanja

⁶⁸ Prema: HÄBERLE, op.cit. (bilj.7.)

⁶⁹ SMERDEL, op.cit. (bilj.8), Str.1-2.

zastare zvuči nedostatno i pomalo iluzorno. Podsjećamo, kaznena djela za koja će se postupci moći otvoriti nisu dovoljno definirana, zakoni na temelju kojih će se vjerojatno suditi nisu dostatni, na sučelju se stavlja teret samoiniciativnog otvaranja postupaka (i to na temelju izravne primjene ustavne norme) prema isključivo vlastitoj diskreciji dok se od svjedoka očekuje da nakon 15 godina ponude dovoljno pouzdano svjedočanstvo iz kojeg će proizaći osuđujuća presuda. Čini nam se da to, nažalost, ipak neće biti tako lako kakvim se u zanosu idealizma može zamišljati. U ovom trenutku stoga želimo upozoriti na opasnosti *dosada prečeste prakse normativne inflacije i zakonotvornog optimizma*⁷⁰.

Sada kad smo razmotrili pitanje provedivosti prijedloga, koncentrirat ćemo se na nekoliko faktičkih prepreka ostvarenju svrhe odredbe. Prva važna činjenica koju želimo istaknuti jest da valja razlikovati pojam *neetičnih radnji* od onih *nezakonitih*. Naime, neka od počinjenih djela u vrijeme privatizacije i pretvorbe, koliko god da su se negativno odrazila na socijalne i ekonomske prilike, nisu nužno bila nezakonita u trenutku počinjenja. A kao što znamo, čak i da se predmeti ponovno otvore počiniteljima će se suditi na temelju zakona koji je tada bio na snazi (osim ako u međuvremenu na snagu nije stupio blaži zakon, što nije), što je upravo isti zakon prema kojem su neka od neetičnih postupanja bila zakonita. Objasniti ćemo ovaj problem kroz primjer. Prema privatizacijskim zakonima bilo je moguće da skupina stranih investitora kupi prezađuženo poduzeće. Nakon toga je postojala, ponovno posve legalna, mogućnost sazivanja nadzornog odbora na kojem se moglo odlučiti da se smanji temeljni kapital. Nakon takve odluke bi se, ponovno u skladu sa zakonom, razlika u početnom kapitalu i novoizglasanom smanjenom iznosu morala isplatiti dioničarima, što bi se i učinilo, pri čemu je posebno zanimljivo primijetiti da su takvi postupci bili izvan poreskog sustava, te je sve dobiveno stoga bio čisti profiti. Dakako, s ekonomske strane bi takav postupak značio potpunu propast za dotično poduzeće, no novopečene vlasnike to nije previše sprječavalo u takvim postupcima. Brojni su primjeri upravo ovakvih neetičnih postupanja, no kao što smo rekli, oni nisu sinonim nezakonitim postupcima, a uvođenje nezastarjevanja nažalost neće riješiti problem takvih postupaka.

S druge strane, važno je i postaviti pitanje mogućnosti naplate. Realno je za očekivati da su se sredstva nezakonito stečena prije gotovo 20 godina u međuvremenu legalizirala. U tom je smislu važno postaviti pitanje od koga će se moći naplatiti šteta? Ako mogućnosti naplate nema, je li moralna satisfakcija dovoljna?

Zaključno želimo naglasiti još jedan ključni aspekt problema - efekt koji ćemo nazvati "Pandorina kutija". Zanimljivo je, naime, primijetiti da je Njemačka trenutno ponovno usred rasprave o mogućoj još jednoj intervenciji u institut zastare. Kako se pojavljuje sve više optužbi i svjedočenja protiv katoličkih institucija u svezi sa seksualnim zlostavljanjem djece, njemačka je javnost sve odlučnije počela zagovarati stajalište da ni za takva kaznena djela ne treba biti zastare (i to kako u civilnom, tako i u kaznenopravnom postupanju). Od siječnja ove godine prikupljeno je čak 150 šokantnih iskaza ove tematike za djela koja su sva bila počinjena u razdoblju 1970. – 1980. Pripadnici koalicijske vlade stoga u ovom trenutku raspravljaju o mogućnosti da omoguće procesuiranje tih počinitelja za što je jedina mogućnost upravo ukidanje (retroaktivno) instituta zastare.

Razlog što spominjemo ovakvu situaciju, uz njenu aktualnost, je taj što je ona jasan pokazatelj da je Njemačka svojevremeno, omogućavanjem da se za pojedine zločine koji su smatrani strašnim retroaktivno ukine zastara, otvorila Pandorinu kutiju. Sada se, stoga, među građanstvom stvorila ideja da je za svaki problem neefikasnog policijskog ili pravosudnog aparata rješenje u zadiranju u ovaj institut. Veliko je pitanje želimo li i mi u našem pravnom sustavu učiniti ovakvu ideju prihvatljivom.

⁷⁰ S. BARIĆ: Općenito o ustavnim promjenama, Novi informator, 5851 - 5852/2010, str.9.

5. Zaključak

"Ustavna država uvijek je, tako reći, na putu." (Petar Häberle)

"Ustav zapravo počinje djelovati samo a posteriori time što akteri državnog života, građani i dužnosnici, društvene i političke snage praktično prihvaćaju njegova pravila." (Josef Isensee)

Smatramo neupitnom činjenicu da su malformacije, nezakonitosti i neetični postupci tijekom privatizacije i pretvorbe stvorili veliki problem kako za ekonomsku, tako i za socijalnu sliku Hrvatske. Ipak, razradom pravnih aspekata problema, u ovom smo radu došli do zaključka da brzopotezni odgovori na velike probleme često i nisu najbolje rješenje.

Činjenica jest da je problem nastao kao rezultanta kumuliranih izostanaka reakcija: izostanka sindikalne reakcije u trenutku prvih manifestacija nepravilnosti, izostanka policijske reakcije u trenutku prvih prijava nezakonitosti, kao i izostanka sudske reakcije u trenucima potrebe slanja jasne preventivne poruke. Međutim, zakašnjela reakcija u obliku ustavne izmjene, koliko god možda *pravedno* zvučala, ne može sanirati uzrok problema, a vjerojatno ni nastale posljedice problema. *Ad hoc* reakcija gašenja vatre bez stvarne implementacije promjene to u pravilu nikada i ne čini.

Problemi koje smo prepoznale u ovakvom rješenju su slijedeći: postoji važno pitanje (ne)usklađenosti ovakve ustavne intervencije sa načelom zakonitosti, odnosno zabranom retroaktivnosti te načelom pravne sigurnosti i jednakosti svih pred zakonom. Također je upitno i samo pozicioniranje ovakve izmjene na ustavnu razinu. Uz ove teoretsko-pravne probleme, veliku zamjerku izmjeni pronalazimo također u manjkavosti mogućnosti provedbe samog rješenja. Činjenica je da predlagatelji ni na koji način nisu pokazali iz kojih razloga smatraju da trenutno postoje drugačiji uvjeti od onih prije 10-ak godina, a koji bi jamčili da će se upisana norma i provesti. Upozorili smo isto tako na određenu skepsu spram stavljanja tereta izravne primjene ustavne norme na pleća domaćih sudaca. Također smo oštro osudile mogućnost da domaći sudovi sami arbitrarno odlučuju za koje će predmete ponovno otvarati procese (odnosno, primjenjivati retroaktivno nepostojanje zastare u slučajevima u kojima je zastara već nastupila).

Stoga unatoč načelnoj pohvalnosti proklamiranog cilja *pravde za sve*, zaključujemo da nedovoljna preciznost mehanizma pomoću kojeg bi se cilj trebao ostvariti uvelike ljulja povjerenje u zbiljsku mogućnost rješavanja problema. U skladu s time, iako se u potpunosti slažemo sa zahtjevom da država u svojoj biti mora i treba konstantno težiti ostvarenju ideala pravednosti, mehanička rješenja upitne provedivosti ne služe niti pomažu tom cilju.

Pokazale smo također da veliki problem na horizontu postavlja također i činjenica pravne upitnosti predložene izmjene. Komparativna praksa najviših državnih sudova te Europskog suda naglasila je važnost dosljedne provedbe načela zakonitosti u svojim sastavnicama pravne sigurnosti i zabrane retroaktivnosti te smatramo da ono ne bi smjelo biti arbitrarno žrtvovano bez jasnih i proporcionalnih razloga.

Na samom završetku, želimo uz pomoć citata Laskog podsjetiti da svaki radikalni potez treba brižljivo motriti kroz prizmu posljedica. U našem primjeru se posljedice predložene izmjene čine suviše pogubnima po pravnu sigurnost i vladavinu prava u cjelini, a da bi im se smjelo olako pristupiti.

„Ne posjedujemo osnovu za prosuđivanje društvene relevantnosti neke radnje prije nego što se razmotre njezine posljedice.“ (Laski)

II. Empirijsko istraživanje: stav studenata prava o prijedlogu ustavne izmjene u sferi instituta zastare

II.1. Uvod u istraživanje i definiranje problema

Prijedlog uvođenja nezastarijevanja za gospodarska kaznena djela počinjena u procesu pretvorbe i privatizacije, iako s političkog stajališta poprilično populistički atraktivan, s pravnog je gledišta vrlo upitan prijedlog.

Retroaktivna primjena propisa, koju prijedlog uključuje, a koja je načelno zabranjena, može snažno poljuljati pravnu sigurnost ljudi i njihovo povjerenje u pravni sustav, što je argument koji ističu oni koji se s prijedlogom ne slažu.

Predlagatelj, s druge strane, ističu da je javnost iznimno osjetljiva na spomenuta kaznena djela te da je javno mnijenje kulminiralo do te razine negativnosti da njihovi počinitelji moraju biti kažnjeni. Je li važnije dosljedno kažnjavanje zločina ili prevagu odnosi pravna sigurnost? Istraživanje koje bi ispitalo stajalište ljudi o ovom problemu do sada nije provedeno te smo zbog toga i zbog njegove potencijalne korisnosti kako za teoriju tako i za praksu, odlučili takvo i provesti.

Predložena ustavna odredba odnosi se na prijedlog uvođenja nezastarijevanja za gospodarska kaznena djela počinjena u procesu pretvorbe i privatizacije. Definicija se oslanja na opis dan od strane kluba zastupnika u svom prijedlogu ustavne izmjene, koji glasi: *Ne može se pozvati na zastaru kaznenog progona onaj tko je počinio (...) kaznena djela počinjena iskorištavanjem ili zlouporabom ovlasti kojima je u vrijeme Domovinskog rata i mirne reintegracije, ratnog stanja i neposredne ugroženosti neovisnosti i jedinstvenosti države ili velikih prirodnih nepogoda pribavljena protupravna imovinska korist velikih razmjera te druga kaznena djela što ne zastarijevaju prema međunarodnom pravu.*

II.2. Cilj istraživanja i početna hipoteza

Cilj istraživanja jest utvrđivanje uzročno posljedične veze između pravnog znanja izraženog godinom pravnog studija kao nezavisne varijable i stava o prijedlogu ustavnih izmjena kao zavisne varijable.

Na početku istraživanja postavile smo tri hipoteze od čega je prva da će niže godine prava biti sklonije dosljednom kažnjavanju zločina, dok će više godine biti opreznije zbog problema pravne sigurnosti kojoj će biti priklonjene.⁷¹ Druga postavljena hipoteza je da će studenti generalno iskazati nesklonost ideji moralne opravdanosti zastare, uz moguće oscilacije na višim godinama. Treća hipoteza koju smo postavile je da većina studenata neće biti sklona predloženoj izmjeni u sferi zastare, no oni koji hoće, će opravdavati svoj stav posebnom težinom zločina počinjenih u pretvorbi i privatizaciji.

II.3. Metoda istraživanja i uzorak

Za prikupljanje podataka korištena je znanstvena metoda anonimnog anketnog upitnika. Upitnik se sastoji od sedam zatvorenih pitanja/tvrdnji. Od početnih petnaest pitanja, pažljivim postupkom konstrukcije došli smo do sadašnjih sedam. Pitanja su zatvorenog tipa, dakle s ponuđenim odgovorima, od kojih je jedno (pitanje jedan) s ponuđenim odgovorima intenziteta.

⁷¹ Studentima nižih godina prava smatramo studente 1. i 2. godine, a studentima viših godina studente 3., 4. i 5. godine.

Kao prigodan uzorak istraživanja odabrali smo studente Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu i to studente od 1. do 5. godine studija, ukupno njih 1516 od čega je 423 studenata prve godine, 405 studenata druge godine, 372 studenta treće godine te 316 studenata četvrte i pete godine. Obzirom na iznimno malen broj upisanih studenata pete godine (njih 19), odgovore studenata četvrte i pete godine smo obrađivali kao jednu cjelinu. Studenti su bili anketirani na nastavi, odnosno seminarima, pri čemu je katedra voditelj odnosno tema seminara odabrana slučajnim odabirom čime se očuvala reprezentativnost uzorka.

II.4. Pitanja i rezultati

1.) Označite stupanj suglasnosti sa izjavom <i>zločin uvijek treba slijediti kazna</i>:		
	Niže godine	Više godine
U potpunosti se slažem sa izjavom	334	288
Pretežito se slažem sa izjavom	441	351
Nemam jasan stav o ovom pitanju	24	17
Pretežito se ne slažem sa izjavom	25	30
Nimalo se ne slažem sa izjavom	4	2

2.) Smatrate li da je zastara kao pravni institut uglavnom moralno opravdana:		
	Niže godine	Više godine
Da	311	435
Ne	517	253

3.) Smatrate li da je postojeće uređenje instituta zastare u RH uglavnom dobro		
	Niže godine	Više godine
Da	200	315
Ne	628	373

4.) Označite što smatrate važnijim:		
	Niže godine	Više godine
Pravna sigurnost	159	145
Dosljedno kažnjavanje zločina	153	109
Jednake su važnosti	516	434

5.) Slažete li se sa prijedlogom ustavne izmjene u sferi uvođenja nezastarijevanja za kaznena djela počinjena u procesu pretvorbe i privatizacije?		
	Niže godine	Više godine
Da	727	594
Ne	101	94

6.) Ako se <u>slažete</u> (u potpunosti ili pretežito) sa uvođenjem nezastarijevanja za kaznena djela počinjena tijekom pretvorbe i privatizacije, označite koja od navedenih izjava najbolje opisuje Vaše razloge:		
	Niže godine	Više godine
Smatram da je prijedlog dobar jer nitko ne bi smio nekažnjeno proći za bilo koje kazneno djelo.	354	196
Smatram da je prijedlog dobar jer su upravo kaznena djela počinjena u procesu pretvorbe i privatizacije posebno teška i zato ona moraju biti procesuirana bez nastupa zastare	373	398

7.) Ako prijedlog bude prihvaćen te bude uvedeno nezastarijevanje za kaznena djela počinjena u procesu pretvorbe i privatizacije, novi procesi bi trebali biti otvoreni:		
	Niže godine	Više godine
Za <u>sve</u> počinitelje, neovisno o tome je li zastara već nastupila ili zastarijevanje još teče	537	417
Smatram da se novo pravilo ne bi trebalo retroaktivno primijeniti na počinitelje kaznenih djela za koje je već nastupila zastara već samo na one za koje zastarijevanje još teče	291	271

II. 5. Zaključak

Na početku istraživanja postavile smo tri hipoteze od čega je prva da će niže godine prava biti sklonije dosljednom kažnjavanju zločina, dok će više godine biti opreznije zbog problema pravne sigurnosti kojoj će biti priklonjene. Druga postavljena hipoteza je da će studenti generalno iskazati nesklonost ideji moralne opravdanosti zastare, uz moguće oscilacije na višim godinama. Treća hipoteza koju smo postavile jest da većina studenata neće biti sklona predloženoj izmjeni u sferi zastare, no oni koji hoće, opravdavati će svoj stav posebnom težinom zločina počinjenih u pretvorbi i privatizaciji.

Istraživanje koje smo provele na uzorku od 1516 studenata prava pokazalo je ponešto drugačije, no ipak vrijedne rezultate na temelju kojih zaključujemo sljedeće:

- prva hipoteza bila je samo djelomično točna. Iako niže godine prava jesu bile sklonije dosljednom kažnjavanju zločina, jednaku agilnost pokazale su i više godine prava te je vrlo visok broj anketiranih (93, 6%) **iskazao svoj stav o nužnosti dosljednog kažnjavanja.**

- druga postavljena hipoteza se pokazala točnom te su studenti iskazali nesklonost ideji moralne opravdanosti zastare uz minimalno povećan postotak studenata viših godina (od 1%).

- treća hipoteza koju smo postavile, da većina studenata neće biti sklona predloženoj izmjeni u sferi zastare, no oni koji hoće opravdat će svoj stav posebnom težinom zločina počinjenih u pretvorbi i privatizaciji, pokazala se djelomično točnom. Naime, na naše veliko čuđenje ipak zaključujemo da većina studenata (**86 %** studenata sa viših godina te **88 %** studenata sa nižih godina) podržava prijedlog ustavne izmjene. Prema našem očekivanju, većina studenata koji su izrazili takav stav su razloge za takvo gledište pronašli u činjenici posebne težine gospodarskih kaznenih djela počinjenih u procesu privatizacije i pretvorbe.

Summary

The authors in this paper analyse very important current issue of constitutional amendments regarding the abolition of statute of limitations for crimes committed in the transformation and privatization period in Croatia. Firstly, the paper introduces main economical and legal dimensions of the problem, after which the descriptions of proposals made by a group of members of Parliament and by the Government are presented. The key part of the paper is the analysis of the proponents' arguments, questioning therein admissibility of changes according to basic legal principles. The question of the changes' compliance with the principle of legality and the prohibition of retroactivity is particularly stressed out, as well as the application of *lex certa* principle and the principle of equality of all before the law. In addition to their observations, the authors have added a comparative point of view, studying statutes and case law of different legal systems. Based on the jurisprudence of the European Court of Human Rights authors have drawn the conclusions about the Court's possible negative attitude toward retroactive application of new legal rules to cases where the statute of limitations has already ran out. The paper also contains the analysis of possible practical implications that may be caused by proposed changes. Besides the doctrinal part, the paper also includes a poll (representative sample: 1,500) from which the authors concluded that a majority of law students supports the proposed amendment.

Key words: constitutional amendment, statute of limitations, privatization, legality principle

